EVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD FRANCISCO MARROQUIN

AÑO IV - No. 8
Segunda época

Fotografía de la portada:
Igal Permuth Ostrowiak

CONSEJO DE LA FACULTAD DE DERECHO

Decano:
Lic. Eduardo Mayora Alvarado.

Secretario:
Lic. Gerardo Prado-Ayau.

Representante de los catedráticos:
Lic. Humberto Grazioso Bonetto

Representante de los estudiantes:
Rebeca Permuth Ostrowiak

DIRECTORIO DE LA REVISTA

DIRECCION GENERAL:
Carmina Valdizán Mendoza.

AREA DE EDICION:
Olga María Pivaral Alejos.

EVALUACION DE CONTENIDO:
Claudia María Godínez Soto.
Jary Mendez Maddaleno

AREA DE REDACCIÓN:
Karla Mazariegos Erazo
María Cristina Quiñonez
Ana Cecilia Pérez Bravatti
Geraldine Fernández Salazar

PROMOCIONES:
Vera Sánchez-Latour Z.
María Echeverría Falla.
Gloria Rodríguez

FOTOGRAFIA:
Igal Permuth Ostrowiak.

CONTENIDO

Editorial
Orden y Justicia
Eduardo Mayora Alvarado 1

Etica y Libertad
Armando de la Torre 2

El Poder
Eduardo Mayora Alvarado 10

La Concepción Negativa de la Ley y la Justicia
Alberto Oliva 15

Eficiencia Económica y Sistemas Jurídicos
Juan C. Cachanosky 21

Privatización, Mercantilismo y Capitalismo Popular
Roberto Salinas León 37

Derechos Sociales o Necesidades
Norma R. de Dengo 40

Fuente de los Derechos Reales
Numerus Clausus Vs. Numerus Apertus
Ponencia de María de los Angeles Murillo 43

El Ultimo Zarpazo
Armando de la Torre 50

SECCION ESTUDIANTIL

La Propiedad Privada: El mejor medio para el progreso
Estuardo Mata Palmieri 52

Prevision Social en Guatemala
El IGSS, un caso concreto
Gloria Rodríguez Natareno 57

REVISTAS

ORDEN Y JUSTICIA

La idea misma de "sociedad civilizada" es dudosamente aplicable a la situación actual de nuestro país. Aunque la excesiva pobreza, la falta de educación, la falta de salud y otras carencias inciden en el nivel de criminalidad y violencia en cualquier sociedad, no obstante es erróneo creer que los mecanismos de orden, seguridad pública y de justicia pueden ser relegados a un segundo plano, de modo que no distraigan recursos para combatir la pobreza y demás males sociales. Más aún, la prosperidad nunca podrá darse en un entorno carente de un sistema sólido de "ley y orden" (todo lo cual es totalmente ajeno a lo que se entiende como aparato represivo). Ninguna actividad económica puede florecer en ausencia de un sistema de ley y orden, incluso si se tratase de una actividad económica manejada por el Estado (lo cual sería una razón adicional para que no prospere). La criminalidad, la falta de cumplimiento de las promesas (contratos), la impunidad imperante (tanto en lo que se refiere a la corrupción estatal, como en lo que toca a las violaciones a los derechos humanos, a la destrucción del medio ambiente, a los daños y perjuicios civiles que tantos sufren derivados de la negligencia de quienes operan los medios de transporte, de comunicación, de suministro de agua y energía, etc., etc., etc.,) no son **consecuencias** de la pobreza; **son sus causas**.

Por consiguiente es necesario e impostergable que la sociedad guatemalteca llegue a un acuerdo y compromiso fundamental para la instauración del orden y la justicia entre nosotros. Es indispensable que los sistemas de policía, de investigación y lucha contra el crimen y de justicia civil, penal, tributaria, laboral, comercial, etc., sean adecuadamente dotados de recursos materiales y humanos para que pueda llegar a producirse la prosperidad.

No se trata de una mera "política criminal" del Estado. Se trata de tomarse en serio los derechos humanos, de tomarse en serio la depuración de las instituciones, de tomarse en serio la paz -temas todos tan llevados y traídos -. Sin orden y justicia no podremos alcanzar ninguno de estos ideales. Todos los casos - sin excepción - relacionados con cualquiera de estos problemas nacionales necesitaría, para su solución, tanto de un Poder Judicial como de un Ministerio Público y una policía bien dotados, profesionales, dignos y eficaces.

Lic. Eduardo Mayora Alvarado.

ETICA Y LIBERTAD

Viktor Frankl, en su precioso opúsculo "La Búsqueda por el Significado"[1], sugiere que por simetría a la Estatua de la Libertad en Nueva York se debería erigir otra a la Responsabilidad en San Francisco.

Con ello nos recuerda el autor que libertad y responsabilidad son el anverso y el reverso de una misma experiencia. Sólo el libre puede ser hallado responsable, así como el llamado a responder sólo lo puede hacer en cuanto es o fue libre.

La responsabilidad es la esencia de lo que en un sentido más restringido se conoce como conducta ética. Somos llamados a responder de lo bueno moral o de lo malo moral por el que hayamos optado, sea por acción u omisión.

Uso aquí indiscriminadamente los términos de moral y ética aunque para el estudioso y el filósofo connoten profundas diferencias. Bástenos para el propósito de este breve ensayo recordar que aunque la moral (del latín "mores", costumbres) entraña un conjunto de normas y valores que son de la posesión colectiva de una cultura y la ética (del griego "etos", carácter) se toma modernamente más bien en un sentido individualista y racional, ambas acepciones coinciden en referirse a un conjunto de juicios de valor que giran alrededor del bien aceptable y del mal rechazable en los actos humanos.

Un punto esclarecedor de la relación íntima entre libertad y responsabilidad como compendio de la ética se encuentra en la debatida cuestión acerca de ante quién y de qué debemos responder.

En líneas generales se puede afirmar que respondemos ante Dios de nuestras intenciones cuando actuamos y ante los hombres de las consecuencias de esas actuaciones.

La línea divisoria entre ambas vertientes de la acción humana (el "fuero interno" y el "externo" de la terminología jurídica) puede tornarse muchas veces borrosa o porque Dios no entra en las premisas humanas o porque el juicio moral de un hombre sobre lo actuado por otro haya de penetrar, la mayoría de las veces para hacerlo inteligible, más adentro del mero fuero externo hasta el mundo interno de las motivaciones.

Por ello el consenso entre los moralistas tiende hacia una fusión de consecuencias e intenciones en cuanto sean atribuibles, más allá de toda duda razonable, a una causa necesaria (contrapuesta a suficiente) que actúe con libertad de opciones.

No quiero extenderme aquí al espinoso tema de la libertad metafísica. A manera de excusa, permítaseme indicar que la controversia multisecular entre el indeterminismo (como referencia a lo que pueda acaecer fuera de toda serie causal) y el determinismo (como inclusión de cualquier acto humano en una serie causal que lo determina) la considero desafortunada, por la interpretación usualmente dada a esos términos. Creo, personalmente, que de todo acto humano deliberado somos responsables precisamente porque el acto está determinado por toda la historia personal que lo precedió, que incluye nuestros hábitos, creencias, aspiraciones, aprendizajes, percepciones situacionales y otros elementos espirituales que integran el todo que conocemos como "carácter".

Me atengo, por tanto, en esta breve síntesis, a la definición de la libertad individual como una ausencia, al decidir, de la fuerza, o de la amenaza del uso de la fuerza, o también del engaño, por voluntad arbitraria de otro, como lo ha hecho de curso común F.A. von Hayek desde la publicación de sus "Fundamentos de la Libertad"[2]. Es decir, me ceñiré de ahora en adelante a tratar de la libertad exterior, en la que metodológicamente podemos prescindir de la metafísica (el "libre albedrío" de los escolásticos medievales), como también lo hizo Ludwig von Mises en su opus magnum "La Acción Humana"[3].

2. Por otra parte, porque el hombre es libre, su conducta no es genéticamente predecible, como lo es la de las demás especies animales. La función de lo instintivo y lo reflejo de las bestias se llena en el hombre primordialmente a través de normas que el individuo incorpora a su conciencia y que hace suyas durante ese largo proceso de crecimiento y maduración exclusivamente humanos que

1 Viktor Frankl, Man's Search for Meaning, 1971. Existe una traducción española de la Editional Herder, 1982, con el título dado en el texto. El autor recomienda "la costa oeste", no exactamente San Francisco, que es idea mía.

2 F. A. von Hayek, The Constitution of Liberty, University of Chicago Press, 1959. Existe una traducción española de la Unión Editorial, Madrid, 1975, con el título señalado en el texto.

3 Ludwig von Mises, Human Action, Yale University Press, 1949. Existen numerosas ediciones en español, la más reciente de la Unión Editorial, Madrid, 1991, con ese título.

identificamos con la minoría de edad.

Prefiero, en este punto, dejarme guiar por William Graham Sumner[4] en su iluminadora clasificación de las normas en cuanto folklóricas, morales y legales.

Las primeras (como las del vestido o la cortesía) buscan hacer la convivencia humana más placentera; las segundas, asegurar la supervivencia física o social, a largo plazo, de los individuos y los grupos; las terceras, respaldadas por la autoridad pública, a facilitar la consecución del bien común.

Las normas folklóricas y morales varían según las culturas; las legales son deliberadamente uniformes dentro del ámbito jurisdiccional de un Estado.

Las sanciones respectivas a sus violaciones son, a su vez, también variadas, aunque en el caso de las folklóricas sus sanciones sean de tenor leve y en el de las morales de tenor severo, en ocasiones el más severo humanamente posible.

En cuanto a las normas legales, las sanciones a sus violaciones se suponen, además de hipotéticamente uniformes, leves o severas según la voluntad de quien las legisló.

Lo importante es la conclusión de que todo acto libre sólo se da en sociedad y sujeto a normas.

Ciñéndonos ahora al área de las normas morales, conviene resaltar que están enderezadas a la protección de los valores más caros y universales para individuos y grupos. Por ejemplo, la prohibición de matar se endereza a proteger la vida; la de robar, la propiedad; la de mentir, la verdad, y así sucesivamente.
Es oportuno puntualizar, además, que la formulación de las normas morales resulta preferiblemente negativa (como prohibiciones), no positivas (como mandatos) porque, a diferencia de las folklóricas y muchas de las legales, no están encaminadas a **logros** específicos sino a una **conducta justa** en general.

Es, adicionalmente, muy importante subrayar que las normas morales se nos ofrecen siempre jerarquizadas (como los valores que correlativamente protegen) y que es esta jerarquía, no tanto el contenido de lo prohibido o de lo mandado, lo que varía de cultura a cultura o de individuo a individuo [5]. El relativismo moral, por consiguiente, no es problema tanto de la relatividad de los mismos valores cuanto de las jerarquías en las que estén engarzados.

Todo ello (valores, normas, jerarquías) está sujeto a la libre escogencia del hombre **adulto** que se realice cada vez más como agente autónomo, aun cuando las normas le hubieren llevado en un principio heterónomamente, a lo largo del interminable proceso de socialización en el que en las diversas etapas de la vida nos hallamos, unas veces más, otras veces menos, siempre inmersos.

3. Las escuelas de pensamiento ético o moral han sido múltiples a lo largo de la historia, sobre todo de Occidente, aunque el Oriente también ha acumulado un enorme acervo de sabiduría que se toca, a veces, con escuelas semejantes de Occidente.

El primer criterio de diferenciación entre los sistemas éticos gira alrededor de la fuente de la obligación moral, es decir, de dónde nos viene que estemos obligados a evitar el mal y a hacer el bien.

Esta pregunta ha sido el resultado, en Occidente, de la inserción en las corrientes morales y éticas heredadas del mundo greco-romano de la fe monoteísta según la visión de los profetas del Antiguo Testamento y, muy en particular, de la prédica de Cristo y sus Apóstoles.

Un Dios que se revela a los hombres les impone normas de conducta contra las que no cabe apelación racional alguna. Por eso se juzga a la visión judeo-cristiana una típica visión **categórica**, muy distinta de las paganas griegas y romana que la antecedieron y que, al igual de muchas otras corrientes del pensamiento de hoy, son meramente **prudenciales**.

En una visión categórica cristiana la fuente de la obligación moral se retrotrae al mismo Dios que se revela a los hombres y que les habla a lo más íntimo de sus conciencias. Su voluntad se erige en la regla absoluta a la cual ha de conformarse toda la conducta volitiva del hombre.

En las éticas llamadas prudenciales, en cambio, no se puede hablar en estricto sentido de "obligación moral" porque no hay una autoridad que obligue absoluta y

4 William Graham Sumner, Folksways, Londres 1904.
5 Mises, La Acción Humana, capítulo IV.

categóricamente y que esté infinitamente por encima de lo que a cada hombre le es dable entender y decidir, sino tan sólo de una meta conceptual hipotética, más allá de la conducta actual pero siempre al alcance del entendimiento humano o, en el mejor de los casos, de la naturaleza racional del hombre, tal cual el placer o la felicidad o el deber o el orden de la naturaleza o la cooperación o el poder político o cualquier otro fin que se aprenda como último y para cuya consecución la conducta ética no resulte más que un medio sugerido por la experiencia.

Por eso, con razón se afirma que el cristianismo interiorizó la vivencia de la moral, pues a través de ella el hombre se descubrió a sí mismo como un ente responsable, en lo más privado de su mundo secreto, frente a un Dios que lo **creó** responsable y ante el cual habrá de rendir cuentas, independientemente del aplauso o el rechazo de los hombres.

De ahí se ha derivado en esta ética de corte judeo-cristiano la prioridad de la **intención** de conformar la propia conducta a lo mandado por Dios minusvaluando los resultados, rasgo devenido característico de la vida moral de un verdadero creyente. El Evangelio es clarísimo al respecto y sobre ello ha fundamentado la imponente estructura de los consejos de perfección, en ocasiones tan contrarios a los preceptos de la prudencia meramente humana, y que van mucho más allá de los mandamientos, análogamente al amor que se eleva sobre el llamado a la justicia[6].

Lo mismo digamos de la propensión a valorar la autenticidad del bien cuando se hace en silencio y sin vanagloria. "Virtud que se paladea, apenas si es ya virtud...", que nos recuerda José María Pemán en su "Divino Impaciente" [7].

Esta visión categórica se ha mostrado, en los hechos, la que más firmeza y solidez ha acarreado al comportamiento ético frente a las múltiples tentaciones del diario vivir y se ha convertido en el hontanar de inauditos heroísmos morales, como vemos ejemplificado en las vidas de tantos hombres y mujeres que la Iglesia ha declarado santos.

Emmanuel Kant propuso otra visión categórica que no hace a Dios la fuente de la obligación sino la misma racionalidad del hombre. Para él, una falta moral es a un tiempo una contradicción lógica a evitar.

Pero las visiones éticas prudenciales (eudaimonismo, hedonismo, estoicismo, utilitarismo...) han sido las que más han enriquecido la reflexión racional sobre medios y fines y las que se han mostrado más flexibles para enfrentar la acelerada complejidad del tejido social contemporáneo, ya sea de cara al mercado, ya sea a las ciencias naturales y sociales, a la tecnología o al Derecho positivo.

4. Estas consideraciones nos llevan a tratar otro punto no menos importante: ¿qué entendemos por vida del hombre libre en sociedad?.

Siguiendo a K.R. Popper y al ya citado Hayek, la podemos visualizar en dos marcos grupales muy diferentes: o como en la sociedad cerrada o tribal o como en la sociedad abierta o de mercado[8]. Esta relativamente reciente dicotomía conceptual de la vida social se remonta un siglo a la explícita distinción originariamente avanzada por un eminente sociólogo alemán, Ferdinand Toennies, entre comunidad ("Gemeinschaft") y sociedad ("Gesellschaft").

En la primera predominan las relaciones llamadas por los sociólogos "primarias", que son las interacciones entre el todo de una persona y el todo de otra (entre padres e hijos, entre esposos, entre amigos...). En la segunda predominan las llamadas relaciones "secundarias", interacciones entre segmentos de una persona y de otra (médico-paciente, vendedor-comprador, actor-audiencia, maestro-discípulo, jefe-secretaria,...) o, como lo prefieren algunos, entre "roles" sociales.

Hoy es evidente que esa disyunción de Toennies se traduce fundamentalmente a la vida en familia y a la vida del trabajo remunerado contablemente en el mercado. Ambas las vive el hombre **simultáneamente**, bajo conjuntos respectivos de reglas que se suponen éticamente apropiadas.

La trascendencia que esto tiene para la vida moral radica en que el hombre, desde sus orígenes más remotos, ha vivido en "comunidad", y sólo desde la tímida aparición de la división no-sexual del trabajo y su expansión, primero en la agricultura, después, más vigorosa, en los

6 Ver Mateo V, expecialmente versículos 20-48, también X, 37-39; igualmente XIX, 21-22.
7 Mateo, VI, 1-5
8 K.R. Popper, The Open Society and Its Enemies, Princeton Univerity Press, 5a. Ed., 1965. Existe una traducción castellana con el título: La Sociedad Abierta y sus Enemigos, Buenos Aires, Argentina, 1967, Ed. Paidós, 2da. versión.

centros urbanos y, desde hace unos trescientos años, con aceleración exponencial, en las especializaciones de la industria, vive en "sociedad", y, casi sin poderlo evitar, ha tendido a proyectar el criterio moral del grupo primario al que siempre ha pertenecido a los grupos secundarios de formación mucho más reciente.

Ahora bien, si el mundo de la comunidad, donde todos nos conocemos y donde cada uno se siente llamado a reír con el que ríe y a llorar con el que llora, está gobernado por la solidaridad, en los grupos secundarios, sobre todo en el de la gran sociedad abierta o del mercado, donde nos somos recíprocamente anónimos, nos gobernamos por el espíritu competitivo. Más aún, si en el mundo de la comunidad el etos distributivo funciona de acuerdo al mérito individual que una autoridad (usualmente la paterna) estipula, en el mundo de la sociedad la distribución se hace anónimamente de acuerdo al automatismo impersonal de los principios de la oferta y la demanda y de las utilidades marginales agregadas.

Es esto la raíz del fracaso de esos ensayos, unas veces moderados y benignos, otras totalitarios y destructivos, de querer moldear la vida moral de la sociedad competitiva según los criterios solidarios de la sociedad tribal o cerrada. Basten, como botón de muestra, los debates en torno a la justicia "social" que, en cuanto principio moral, sólo bien entrado el siglo quedó incorporada al vocabulario doctrinal.

No pretendo aquí analizar la carga conceptual de esta novísima versión de la justicia distributiva sino intentar conciliar su surgimiento con el evidente fermento liberador imperante en el Occidente desde el Renacimiento.

La tendencia maestra entre los hombres ha sido por todos estos últimos siglos hacia una progresiva disminución de su involucramiento en los grupos primarios y de un verse envueltos cada vez más, en los secundarios.

Dado que en los grupos primarios el hombre encuentra apoyo emocional para sus crisis personales y en su seno le ocurren los eventos más significativos de su vida (el amor filial, la eclosión de la pubertad, el deleite conyugal, el nacimiento de los hijos, la muerte de sus seres queridos...) su libertad individual queda, por eso mismo menoscabada, pues el grupo que emocionalmente motiva a una conducta determinada también controla la observancia de la misma.

En los grupos secundarios, en cambio, a los que además casi siempre se integran el hombre por propia iniciativa, el individuo se sabe más libre, aunque el precio de una mayor pobreza emocional.

Los grupos secundarios se nos ofrecen, así, por excelencia, "modernos", esto es, utilitarios, racionales y efectivamente fríos. A medida que los procesos racionalizadores de la vida (la ciencia, la tecnología, la burocracia, el mercado...) nos empujan hacia ellos y las relaciones primarias reclaman menos de nuestra atención y esfuerzos, nos volvemos ciertamente más libres para escoger pero al costo de una mayor soledad a la hora de hacer decisiones difíciles, como muy acertadamente lo diagnosticaran Max Weber y Jakob Burckhardt a principios de este siglo.

A un fenómeno paralelo aludía Henry Maine cuando mostraba que la tendencia maestra en el mundo Occidental, desde la Edad Media, ha sido un movimiento de desplazamiento desde la forma básica de organización social del "status" hacia la del "contrato", o sea, del vasallaje a la igualdad, de lo comunal a lo individual, de lo impuesto a lo libre[9].

Pero el hombre de hoy no se siente con frecuencia preparado para enfrentar con criterios éticos esa complejísima urdimbre de relaciones secundarias en la que ha desembocado su vida de relación. La ansiedad ante esta versión de anomía le lleva muchas veces a escapar hacia negaciones irracionales de su entorno social en las drogas, las ideologías, el poder, la promiscuidad sexual o el dinero, los contemporáneos "ídolos de la caverna" a que había aludido Francis Bacon siglos atrás.

Su desafío, entonces, consiste hoy en establecer libremente, a la escala de sus individuales necesidades emocionales, un equilibrio ético entre sus relaciones primarias y sus secundarias, equilibrio cuyo fiel de la balanza nunca cae exactamente igual entre dos personas, desafío que hasta la Revolución Científica del siglo XVII en alguna forma se lo habían tenido resuelto su "status" adscrito al nacer y las tradiciones religiosas que hacían su identidad cultural.

9 Henry Maine, Ancient Law, Londres, 1864.

5. Esto nos lleva a otro planteamiento: desde Sócrates sabemos que la vida moral no se constituye de actos aislados sino que se edifica sobre eslabones de actos que se repiten, es decir, de hábitos, que de estar enderezados a fines moralmente buenos se les llama "virtudes" y de estarlo a fines moralmente malos "vicios".

Qué duda cabe que esas virtudes y esos vicios serán muy diversos según el hombre se desenvuelva en "comunidad" o en "sociedad" [10]. Tómese, como ejemplo, la piedad filial comparada con la implacabilidad del guerrero en el combate o con la eficiencia del cálculo de un vendedor en el mercadeo de bienes y servicios. Responden a actitudes muy diferentes. El elogio, en coplas inmortales, que hiciera Jorge Manrrique de la figura de su padre fue una exaltación poética de virtudes todavía de relativa simpleza en ambas esferas de la vida social. Mayor finura de matices recogió la hipótesis, hecha oda, de Rudyard Kipling, "If", para el cúmulo de virtudes que hacen al hombre de carácter en ese mucho más complejo mundo dual de hoy.

Platón había hecho una asignación, idealmente también simplista, de las virtudes por estamentos: la templanza, para los que producen; la valentía, para los que mantienen el orden; la sabiduría, para los que legislan. Y para todos, la justicia, el saber reconocer a cada estrato lo que le corresponde.

Aristóteles, sin embargo, más empírico, las multiplicó y distribuyó hasta un nivel individual pero con un fin común: la felicidad del todo social (la eudaimonia de la pólis).

Epicuro las redujo a un cálculo hedonístico, mientras Zenón y demás estoicos las elevaban a restauradoras del orden natural por el cumplimiento inflexible del deber de cada cual.

El cristianismo las recoge de todos, con amorosa preferencia por el venero estoico, pero también por el platónico y el aristotélico, siempre subsumidas bajo el nuevo gran mandato categórico: "Amáos los unos a los otros", que pareciera, en último análisis, hacerlas superfluas (el "ama et fac quod vis" de San Agustín).

Por otra parte, las diversas culturas las alinean sucesivamente a lo largo de ejes axiológicos diferentes: el de la "areté", el culto a la excelencia, entre los griegos; de la "gravitas", serenidad ante las crisis, entre los romanos; de la "treue", la fidelidad o lealtad al jefe hasta la muerte, entre los germanos (y de cuya herencia, por cierto, nos legara el Dante ese aterrador noveno círculo del Infierno, el de los traidores).

Las virtudes de la sociedad abierta, esto es, de la sociedad competitiva, son reflejo eminente de la prudencia y dejan a la esfera privada de cada uno la elección adicional de refinarlas con preceptos de la ética categórica (incluido, si así se prefiere, el imperativo categórico Kantiano).

Desde esta perspectiva prudencial, tres virtudes sobresalen en el comportamiento ideal del hombre competitivo: la prudencia, o la mejor adecuación de los medios a los fines en la prosecución del **propio interés**; la benevolencia, o la inclusión del interés del **otro** en mis cálculos racionales de costo/beneficios; y la justicia, o el permanente **respeto** al reclamo exclusivo de alguien sobre un bien o un servicio (incluido su propio cuerpo y su extensión en los frutos de su trabajo) que comúnmente llamamos "propiedad" [11].

Ser benevolente se constituye en parte integral de la prudencia; el bien ajeno se torna meta a ser incluida entre las propias.

La razón obvia para ello es que los demás controlan las fuentes principales tanto de nuestro bienestar como de nuestro malestar, así como cada uno de nosotros controla, a nuestro turno, en parte, la fuente del bienestar o malestar ajenos.

Es este el sentido más hondo de aquella "mano invisible" en el mercado de que nos habla el filósofo moral Adam Smith en el cuarto libro de su "Riqueza de las Naciones" [12].

Es esta también la justificación **utilitaria** de todo servicio a otro; mi éxito en un mundo cualquiera competitivo (bien

10 Bernard de Mandeville ya anunciaba en 1707, con algún sarcasmo, esta distinción en su "Fable of the Bees or Private Vices Publick Benefists". (La Edición en español, La Fábula de las Abejas o los Vicios Privados hacen la Prosperidad Pública) es del Fondo de Cultura Económica, traducción de José Ferrater Mora México, 1982).

11 Henry Hazzlit, The Foundations of Morality, Van Nostrand Co., Los Angeles, California 1964. Traducción española de Eddy Montalda, Los Fundamentos de la Moral, Fundación Bolsa de Comercio, Buenos Aires, 1979.

12 Adam Smith, And Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, Londres, 1776. El Fondo de Cultura Económica la editó en español en traducción de Gabriel Franco, México, 1958.

entendido, bajo reglas iguales) pasa siempre por la satisfacción de una necesidad ajena, y a la recíproca.

Aquí no se da la efectividad intencional a que nos invita el Evangelio pero el **resultado** es el mismo: descubrir al prójimo, que es todo aquel que pueda necesitar de nosotros.

David Hume añadió, con razón, la suprema importancia de la virtud de la justicia entendida como respeto, sin excepciones, a la propiedad ajena. Sin la justicia, no se cerrarían contratos ni se generaría riqueza al precio de ese dispendio fatigoso de energías que llamamos "trabajo". Sin ella, ni siquiera las más elementales formas de cooperación - clave de toda mejora - nos serían pacíficamente asequibles.

Pero la justicia no basta.

Ha de darse un impulso generoso que se anticipe al de los demás. Jean Baptiste Say recogía como un hecho que "la oferta crea su propia demanda". George Gilder lo confirma con su juicio de conjunto de que "todo capitalismo empieza por dar"[13]. Israel Kirzner nos llama la atención sobre el empuje exploratorio del empresario que se lanza al riesgo de intentar llenar carencias ajenas desde la información imperfecta del mercado [14].

Esta actitud de adelantarse a dar u ofrecer conforma la virtud del espíritu de servicio, cuya eficacia lo determinará la realidad de la agregación de innumerables manifestaciones libres por parte de los consumidores, a cuyos ojos, y a los de nadie más, se decidirá de los méritos respectivos entre diversos oferentes (la honestidad en el servicio no excluída).

En todo este proceso, "el mutuo respeto el derecho ajeno es la paz", como lo tomara de lema Benito Juárez.

De nuevo la libertad individual se nos muestra la única vía pacífica de acceso a una conducta ética, aunque sea solamente por consideraciones prudenciales y no categóricas, en este mundo anónimo, competitivo y pluralista de la "Gesellschaft" industrial que, hoy, además, se globaliza.

Por eso el temple ético de una sociedad urbano-industrial es proporcional a la libertad de mercado en su seno e inversamente proporcional a la multiplicación de los monopolios y regulaciones por parte del Estado, que privan a los individuos del ejercicio pacífico de su libertad prudencial de elegir.

6. Pero a este último propósito no puedo dejar siquiera de aludir a la urgencia adicional por un marco jurídico, esto es, por la existencia de normas legales, para que pueda lograrse una mejor armonización del ejercicio ético (que quiere decir responsable) de la libertad de cada cual con la de los demás.

Jellinek recogió en una frase feliz que "el Derecho es un mínimo de moral" [15]. Efectivamente, sin un monopolio público de la coacción -que descanse en el acatamiento pacífico de todos y cada uno a reglas iguales para todos- no es posible, a largo plazo, mantener la libertad de acción individual en una esfera que se vea protegida frente a la violencia arbitraria de otros. Es esto, en último análisis, lo que nos aporta el marco jurídico.

Aquí conviene regresar a la distinción de Sumner y añadir que una norma legal puede o no coincidir con una moral o folklórica; es más, en la legislación positiva se da a veces el caso de una contradicción entre las normas morales y las legales. En tales casos surge la diferenciación ulterior de una norma meramente "penal", es decir, de aquella norma del Derecho positivo a la que en conciencia no se está obligado a someterse. Incluso puede darse la obligación moral de desobedecerla (lo que en teoría política se ha llamado el derecho a la desobediencia civil).

Pero el hombre libre y a un tiempo moralmente responsable siempre se sabrá requerido en conciencia a pagar la pena por su infracción deliberada de la norma positiva, una vez vencido en juicio. De lo contrario, quedaría impunemente al alcance del capricho individual qué leyes obedecer y cuáles no, y con esto se vería minada fatalmente la estructura moral de la sociedad civil.

El concepto de norma legal meramente penal es sólo posible desde el ángulo de la existencia de una instancia superior a la ley positiva, sea del orden de la naturaleza,

13 George Gilder, Wealth and Poverty, Basic Books, The Publishers, Nueva York, 1981. Existe también edición en español, bajo el título "Riqueza y Pobreza", traducción de Rafael Urbino, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1982

14 Israel Kirzner, Competition and Entrepreneurship, The University of Chicago Press, 1993. En español, Competencia y Función Empresarial, Unión Editorial, Madrid, 1975.

15 George Jellinek, Allgemeine Staatslehre, Berlin, 1900; lo mismo su System der subjektiven oeffentlichen Rechte, 2a Ed., Tubinga, 1905

sea de la fuerza de la costumbre.

Por eso, el abandono de la concepción filosófica del Derecho natural, o el menosprecio sistemático por lo consuetudinario -en alas del positivismo jurídico triunfante-, ha tenido efectos devastadores en el siglo XX para la libertad del individuo y de su sentido de responsabilidad moral. Los errores y horrores de los totalitarismos de nuestro siglo han fluído del poder sin límites que el positivismo jurídico ha reconocido a la autoridad del Estado. Lo mismo digamos de esa negación masiva, pero más sutil, de la obligación de laborar por el propio bienestar, que encarnan los principios del Estado tutelar o benefactor ("Welfare State").

Hoy, que lamentamos tanto la corrupción en el sector público, la escasa ética de los profesionales, los abusos de autoridad y las violaciones a diestra y siniestra de los derechos humanos (incluidos los de los aún no nacidos), la irresponsabilidad paterna y hasta la perversión de la familia, olvidamos que nos hemos dejado arrebatar poco a poco, porque nos resultaba más cómodo, nuestra libertad y nuestro sentido de la responsabilidad con el manoseo corrosivo de la legislación positiva. Hemos echado en saco roto, a fin de cuentas, la sabia amonestación de Benjamín Franklin: "El precio de la libertad es una eterna vigilancia".

7. ¿Qué hacer?

A las perplejidades de siempre se han añadido las nuevas de la ingeniería genética, del trasiego ilegal en los centros financieros de información privilegiada, de la invasión por medios electrónicos de la privacidad de cada uno, de los usos tan peligrosos de la energía nuclear, de la boga de "estilos de vida" francamente irreconciliables con la moral categórica, de la manipulación criminal de la moneda por políticos inescrupulosos, de la venta de narcóticos a mujeres adultas en edad fértil, etc., etc...

En la maraña de una realidad social que tanto nos confunde no nos queda más salida que el retorno a lo básico: a la **responsabilidad individual**.

La regla de oro de toda conducta moral reza (en la formulación de Confucio): "No hagas a otro lo que no deseas que te hagan a ti".

Esto excluye de inmediato el recurso arbitrario a la fuerza, lo mismo digamos del engaño, por parte de cualquier individuo.

Implica, obversamente, que cada uno se familiarice a fondo con las obligaciones éticas de su llamado conyugal y del profesional y se atenga estrictamente a ellas.

Supone, además, en todo adulto, el cuidado constante por no devenir carga para nadie, antes más bien ser alivio y apoyo para otros.

Entraña la creatividad -muchas veces dolorosa y nunca garantía de la felicidad-, de sumar al bien privado y al común algo de la verdad, la belleza o la bondad que seguramente duermen en el fondo de cada uno y que "... una voz, como Lázaro, espera que le diga: ¡Levántate y anda!".

Instrucciones morales más pormenorizadas, producto de la reflexión y la experiencia, nos pueden proporcionar alguna mayor certeza a la hora de hacer decisiones en circunstancias imprevistas. Las multinacionales, por ejemplo, han sido pioneras en la redacción de códigos de ética corporativa que todos haríamos bien en imitar en nuestras respectivas empresas[16].

Pero no hay atajo al Bien fuera de ese seminal sentido de obligación de responder por mis actos y sus consecuencias.

José Ortega y Gasset nos aclaró que en todo grupo humano hay selectos y masa; los primeros se exigen más a sí mismos de lo que ellos exigen a los demás; los segundos esperan más de los demás de lo que esperan de sí mismos[17].

No cabe duda de qué lado de la divisoria florece la auténtica libertad ética; allá, en la aristocracia del espíritu, donde la nobleza obliga.... aunque no haya quien demande.

David Riesman nos coloca al hombre de la tradición en la sociedad agraria, al hombre orientador hacia adentro de la sociedad que despega y al hombre orientado hacia los demás de la sociedad post-industrial en nichos paralelos; los dos primeros, anclados firmemente en valores ab-

16 José Ortega y Gasset, La Rebelión de las Masas, Espasa Calpe Mexicana, S.A., 1937.
17 David Riesman, en colaboración con Reuel Denney and Nathan Glazer, The Lonely Crowd, New Haven: Yale University Press, 1950. En español, La Multitud Solitaria, pero no tengo a mano la edición.

solutos; el último, a la deriva sobre valores relativos; y, de nuevo, no quepa duda de que el ideal ético se sitúa hacia el centro, donde los principios se beben en la niñez y quedan para siempre grabados en la conciencia como paradigmas de la persona libre y honesta, por lo mismo, fecunda, cual el epónimo de José Martí que "siembra un árbol, escribe un libro y procrea un hijo"...[18].

El omnipresente etos competitivo de la sociedad civilizada disciplina el carácter aún más que el de la sociedad tribal, porque se hace a golpes de un largo rosario de renuncias libremente buscadas, sin el beneficio de la compasión o la ternura. Competir resulta así la hora de la verdad para quienes osan de veras ser libres, con esa libertad interior que hace nuestras vidas dignas de ser vividas y las de las demás enriquecidas por haberse cruzado con las nuestras en cualquier encrucijada.

Nosotros arrastramos en nuestra América hispana un déficit multisecular de adultez, producto en parte del parternalismo centralista de la corona de España, del dogmatismo, por siglos, de católicos devotos que no crecieron religiosamente más allá del catesismo tridentino del autoritarismo de los caudillos republicanos, del mercantilísmo de nuestros empresarios o del simple, visceral miedo a la libertad competitiva del individuo que marca a nuestros intelectuales de izquierda [19].

Hora es de volver por los fueros de quien sabe que "es mejor dar que recibir", y no se arrepiente.

8. Con un "caveat emptor": "Dios ama al que da con alegría"[20].

Por ello, y su experiencia personal, concluyó aquella extraordinaria castellana que veneramos como Santa Teresa de Jesús: "Un santo triste es un triste santo".

Nada más ajeno al recio espíritu del libre que las quejumbres sobre el estado de una sociedad que sólo a nosotros compete transformar.

Ya Séneca comentaba, hace dos mil años, del gozo sereno del estoico frente a la melancolía del epicúreo, inevitablemente decepcionado del placer[21].

El mundo precisa de nuevo de la serena alegría de quien se abniega, es decir, del que está dispuesto a negar con prudencia sus intereses particulares a largo plazo en favor del interés de todos, en las raras ocasiones que se requiera.

Así lo soñó la Ilustración en sus mejores momentos "whig", esto es, liberales, antes de despeñarse por los vericuetos violentos de apasionamientos jacobinos durante las revoluciones políticas y sociales de los últimos dos siglos.

Es "la sonrisa de la razón" que busca convencer y no imponerse, que Houdon esculpiera en el rostro de Voltaire, que Schiller hiciera rima sonora en su Oda a la Alegría y a la que Beethoven colocara sobre ondas de esperanzada melodía polifónica en su Novena Sinfonía.

Serenidad alegre tan refractaria a las tentaciones de la riqueza fácil como renuente a una condena apocalíptica de los que no la comparten, como tampoco proclive a capitular con cada derrota.

Si se me diera a escoger un monumento ideal para ese hombre tenazmente libre y risueño escogería al Cristo de Emaús, dejada atrás su crucificción.

A falta de un símbolo más accesible en este mundo neopagano, me resignaría a una segunda opción, una sola línea de un poeta lírico romano que cantó a la madre abnegada, dolida y paciente y exhortó al hijo "...aprende, niño, a reconocer a tu madre en su sonrisa .."[22].

Armando de la Torre

"Con el tiempo por esta pequeña brecha podría escapar la libertad del individuo."
John Seldon

18 Véase, por ejemplo, las Normas de Conducta Comercial, de la IBM.
19 2 Cor. 9,7; una referencia de San Pablo a Proverbios 22.8 según la edición griega de los Septuaginta
20 Muy parecido al que analiza Eric Fromm en su magistral "Escape from Freedom", traducido al español con el título "Miedo a la Libertad" Buenos Aires, Argentina, 1958, Ed. Paidós.
21 Lucius Anneus Seneca, De Vita Beata.
22 "...disce puer risu cognoscere matrem...", de un epigrama de Gaius Valerius Catullus

EL PODER

1. La justificación esencial del Derecho Constitucional:

La preocupación fundamental del Derecho Constitucional es el problema de poder. Más estrictamente hablando, es el problema de la sumisión del poder al Derecho, a la norma y es por ello que resulta necesario detenerse por algunos instantes a considerar este tema.[1]

Aparentemente los seres humanos nos sentimos inclinados a hacer prevalecer sobre otras personas nuestros deseos, a imponer nuestra voluntad. Se trata de una inclinación difícil de resistir y, sin duda alguna, en la medida en que percibimos con más intensidad que, en efecto, estamos en posición de imponer a otros nuestra voluntad, en esa medida, esta inclinación se vuelve casi irresistible.[2]

El poder, en lo que toca al Derecho Constitucional, consiste en esa facultad que se atribuye a cierta o ciertas personas de imponer su voluntad sobre otras personas, en cuestiones relacionadas con el actuar de los hombres en el seno de la sociedad política y de conformidad con el tenor de las normas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico del Estado.[3] No se trata, pues, de una atribución de poder "bruto", de poder absoluto; se trata de una atribución de poder circunscrito a la realización de los objetivos, explícitos e implícitos que estatuyen las normas constitucionales y, en general, del Derecho público. El Presidente, cualquier funcionario, está sujeto al principio -como se dice en doctrina de Derecho administrativo- de que "la norma es la incompetencia". Esto significa que, fuera de la norma no existe el poder; fuera de la norma, se es impotente. Pero ¿por qué ha de ser así? ¿Por qué ceñirse a un principio tan tajante?.

De alguna manera, desde el surgimiento de las primeras civilizaciones, el ejercicio del poder nunca ha dejado de ser un problema importante. Pero en las actuales condiciones de la humanidad, es para todos evidente que el fenómeno del poder es sumamente complejo y crucial: los caudales que, por la vía tributaria, se ponen a disposición de los órganos e instituciones públicas son cuantiosísimos; el poder público tiene también a su disposición enormes ejércitos, con extraordinaria capacidad defensiva, pero también ofensiva; son cientos de miles los ciudadanos que trabajan para el gobierno y muchos más los que de ellos dependen económicamente; de los gobiernos dependen que se haga cumplir la ley, que se viva dentro de un cierto grado de orden y que se tenga acceso a la justicia, para alcanzar reivindicaciones o el resarcimiento por daños sufridos, etc. etc. etc.

Por otra parte, el ejercicio del poder público -que es el que tiene relevancia para el Derecho Constitucional- se ha entendido, tanto desde la perspectiva de la teoría del Estado, como desde la perspectiva de la praxis política, como algo necesario, por naturaleza.[4] Desde Aristóteles hasta nuestros días, innumerables son los filósofos y pensadores que han visto en el hombre "un animal político"; un ser nacido para desarrollarse en el seno de una sociedad políticamente organizada; una sociedad definida por relaciones de poder, en la que algunos mandan y otros obedecen con relación, tanto a cuestiones de común interés, como a asuntos privados.

La sociedad moderna -la sociedad abierta, la gran sociedad- es inconcebible sin la existencia de ciertas instituciones políticas que suponen relaciones de poder. Casi podría decirse que las instituciones políticas son un conjunto determinado de relaciones de poder-obediencia.

2. Nunca se ejercita menos poder del que se tiene.

De manera que el problema del poder público se nos presenta, de una parte, como algo connatural a la vida humana en sociedad, y de otra parte, su ejercicio, hasta el punto máximo que los límites (constitucionales o reales) lo permitan, resulta, para quienes son los depositarios del poder público (la autoridad civil) una inclinación irresistible. El ejercicio del poder público es entonces, a la vez, inexorable y compulsivo. Creer que los titulares del poder público -quien quiera que sea- son capaces de autolimitarse **sistemáticamente**, de abstenerse de mandar, aún teniendo el poder para hacerlo, sería un costoso y lamentable error. Es casi una máxima que nunca se propende a ejercitar menos poder del que se tiene, sino que

1 Afirma Bidart Campos en EL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL PODER, Ediar, Buenos Aires 1967 p.28: "Problema de todos los tiempos han sido, por eso, la limitación y el control de la voluntad de los hombres gobernantes que ejercen el poder."

2 Agrega sobre este particular Bidart Campos, op. cit. p.28. "Porque tan exacto es que todo aquél que dispone de poder tiende a abusar del poder, como verdadera la necesidad de contenerlo y frenarlo."

3 Bidart Campos, op.cit.p.27, lo explica así "Se ha hablado de la voluntad del estado. La metáfora no es desdeñable, hecha la advertencia de que voluntad psicológica sólo tienen los hombres. Pero como el estado, para actuar su poder, obra a través de órganos integrados por hombres, la voluntad de estos hombres que son órganos y componen el gobierno, se imputa al estado mismo, que no dispone que otro medio de acción."

4 Sobre la naturaleza de la autoridad civil, la Doctrina social de la Iglesia sostiene que: "Teniendo la comunidad origen divino -de ley natural- y llevando implícita, como toda sociedad, la necesidad de la autoridad, se deduce que la autoridad civil tiene también su origen en la ley natural, en Dios .." Cfr. Hervada, Javier PRINCIPIOS DE DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA, Editorial de Revistas, S.A. de C.V., México 1989.

por el contrario, la propensión natural es que el ejercicio del poder propenda a excederse de los límites predeterminados. Los seres humanos -desde que la serpiente le propuso a Eva "seréis como dioses" - somos extremadamente débiles frente a la tentación del poder.

El problema no es, pues, cómo lograr que las autoridades ejerzan el poder, sino como lograr que su ejercicio se confine dentro de ciertos límites compatibles con el mayor disfrute posible de la libertad, en el seno de la sociedad civil. Es una combinación difícil de concebir y de conseguir: ser libre, mientras se está sujeto al poder, a la voluntad de terceros. Como sabemos[5] dicha combinación sólo puede lograrse cuando el poder está, a su vez, sometido a la norma.

3. Los seres humanos somos falibles e interesados.

El ejercicio del poder político o del poder público, puede traer consigo consecuencias deseables y consecuencias perjudiciales. El poder político puede servir de instrumento para alcanzar la prosperidad, pero también para conseguir muchas cosas, que no necesariamente interesan a la colectividad, sino que a unos cuantos solamente. Sobre todo en vista de la complejidad del aparato estatal moderno, las ramificaciones que se desprenden del ejercicio del poder, son inimaginables, incluso dentro del ámbito de la licitud de su ejercicio. La circunstancia misma de que el aparato estatal funciona haciendo uso de considerables recursos que se toman de la ciudadanía, fundamentalmente a través de los impuestos, puede dar lugar a inconmensurables transferencias de rentas.

Tener acceso al ejercicio (o al beneficio del ejercicio) del poder político puede significar, actualmente, la potestad de cambiar el destino de innumerables personas. Casi podría decirse que en eso estriba el tener poder. Y todo ello dentro del ámbito de la legalidad. Existen también circunstancias en las que el ejercicio del poder político queda en manos de personas abierta y deliberadamente inescrupulosas. Individuos o grupos de individuos cuya mayor ambición consiste en imponer su voluntad sobre sus semejantes, aunque no en favor de sus semejantes. La historia está -infortunadamente- plagada de ejemplos.[6]

Ahora bien, es sumamente importante comprender y tener presente que el ejercicio del poder político es siempre peligroso, aún cuando las personas depositarias de la autoridad civil sean buenas y bien intensionadas. Pero todavía más peligrosa es la creencia de muchísimas personas de que lo importante es que los responsables del ejercicio del poder político sean buenos, capaces y honestos. Si es importante y también deseable que los depositarios del poder sean virtuosos; pero no es eso lo más importante, ni siquiera es suficiente para que puedan darse la paz civil y el progreso de los hombres, integral, por supuesto.[7] Como ya se ha dicho, los seres humanos somos falibles, capaces de cometer, con las mejores intenciones, los errores más crasos que podamos imaginar.

Confrontar la seducción o tentación del poder es muy difícil, entre otras cosas justamente porque uno está siempre sujeto a pensar que, mediante su ejercicio (del poder) uno puede hacer el bien a los demás. Es bastante improbable que la generalidad de las personas nos concebiríamos a sí mismos como déspotas explotadores, de llegar a estar en una posición de poder. Más bien, la generalidad de las personas nos creemos capaces de cambiar las cosas para bien, "si tan solo tuviésemos el poder para hacerlo".

Lo cierto, no obstante, es que el ejercicio del poder político tiende a ser más perjudicial, mientras más concentrado se da y mientras más extenso es su alcance, o el ámbito de sus efectos, sin perjuicio de lo bueno que pueda ser el depositario del poder. Quizá la forma más básica de explicarse esta relación sea que, habida cuenta de que somos seres falibles -todos - en la medida en que los efectos de nuestros yerros puedan llegar más lejos... peor para todos.[8] De consiguiente, si el razonamiento anterior es válido, el poder no debiera atribuirse concentradamente a persona alguna y tampoco debiera atribuirse en grandes cantidades.

Ya hemos dicho que la idea de que algunas personas -sobre

---

5 A partir de las reflexiones de tantos filósofos del Derecho y de la Política, como Von Mises en sus obras "Socialismo" y "Liberalismo", Hayek en "Derecho, Legislación y Libertad" y el propio Locke, en su "Tratado sobre el Gobierno Civil"

6 Y también de novelas. Entre nosotros, la célebre obra de Miguel Angel Asturias, EL SEÑOR PRESIDENTE.

7 En relación a este asunto confróntese Ayau Cordón, NO TENEMOS QUE SEGUIR SIENDO POBRES PARA SIEMPRE, p.21 editorial CEES Guatemala 1991: "Tenemos que descartar la Teoría General de la Picardía Humana con la que cómodamente explicamos la pobreza y en base a la cual la solución invariable a todos los problemas consiste en transformar al hombre, en hacerlo bueno, considerado y amoroso y, en segunda, con el dinero "del Gobierno", resolver los problemas."

8 En lo que toca a la limitadísima parcela de conocimientos concretos con que contamos y nuestra basta ignorancia confróntese F.A. Hayek, LA CONFUSION DEL LENGUAJE EN EL PENSAMIENTO POLITICO, en "El orden de la libertad", traducción de Rigoberto Juárez Paz Guatemala 1985, p. 57: "La civilización moderna le ha dado al hombre poderes jamás soñados principalmente porque, sin entenderlo, él ha desarrollado métodos para utilizar más conocimientos y recursos de los que ninguna mente individual tiene conciencia. Cualquier discusión inteligente acerca del orden de todas las actividades sociales debe empezar con el reconocimiento de la constitutiva e irremediable ignorancia, tanto de las personas que actúan, como de los científicos que estudian ese orden, respecto de multiplicidad de hechos particulares y concretos que comprende este orden de actividades humanas, ya que cada hecho es conocido solamente por algunos de sus miembros."

todo cada uno de nosotros- son capaces de autolimitarse sistemáticamente en el ejercicio del poder, es bastante improbable en la generalidad de los casos. Es por ello que la humildad, la modestia, la sencillez y la prudencia son virtudes tan preciadas.

4. Nadie cuida lo ajeno, como cuida lo propio.

Por otra parte, en lo que al poder político concierne, se da otro factor -nada despreciable cuando se analiza el tema- consistente en que en multitud de ocasiones se piensa que la diligencia y la prudencia que las personas aplican al cuidado de sus asuntos y negocios, lo aplicarán también al cuidado de los asuntos públicos.

Pero la verdad es que no existe una relación de causalidad entre ambas cosas. Ser diligente y prudente en el cuidado y atención de los asuntos propios no necesariamente implica que así se procedería con relación a la cosa pública. Las virtudes que se ejercitan con relación a lo que nos concierne como propio, no siempre se ejercitan con relación a lo que nos es ajeno, puesto que, por lo general, todos nosotros tendemos a ser más prudentes en relación con aquellos asuntos en los que nuestra imprudencia nos podría ocasionar altos costos. Y es que, en efecto, el costo de nuestras acciones u omisiones, cuando se refiere a nuestros propios asuntos (incluyendo la posibilidad de perder nuestro empleo), hace que actuemos con mayor diligencia que cuando el resultado de nuestras acciones (como el tomar una decisión de gobierno) sólo nos afectará de manera muy limitada, marginal e indirecta.

Es por esta última razón que todo sistema político cuyo diseño logra situar a los agentes de gobierno en una posición de responsabilidad (en el sentido de tener que responder por sus acciones), es más exitoso.[9]

En su interesante libro Alejandro Chafuén cita una serie de escolásticos tardíos que, con la claridad y sencillez de lenguaje que les caracteriza, se expresaban así:
"Si quisieran que los terrenos fueran comunes, los hombres tomarían motivo de aquí para la desidia y flojedad, porque es indecible el amor ardiente que se tiene por las cosas propias y lo desidioso y flojo que se es para las comunes. Como sucede que cuanto mayor es el número de los criados, tanto peor es el servicio, porque todos esperan que hagan los demás lo que uno había de hacer. Pues otro tanto sucedería en una sociedad semejante. Y de esta manera el reparto de los frutos sería movido de envidia."[10]

5. El funcionario público rara vez tiene "mucho que perder".

Pero es muy importante comprender que, por mucho que un sistema político se diseñe de tal manera que los depositarios del poder y de la autoridad puedan ser hechos responsables, nunca será posible reproducir el conjunto de motivaciones y de constreñimientos que se dan cuando uno actúa con relación a sus propios bienes, derechos o expectativas. Esto es tanto más cierto cuanto el actuar de las personas discurre dentro de mercados más eficientes, en los que las malas decisiones, las imprudencias o los meros errores, se pagan rápidamente.

La experiencia demuestra que los depositarios del poder político son rara vez víctimas directas de sus errores, mientras la ciudadanía perciba que actuaron dentro de cánones de decencia y honestidad razonables. En cualquier caso, el "mercado político" (si cabe la figura) es bastante más tolerante que el mercado de bienes y servicios ("el Mercado", propiamente hablando). En el primero -cuando funciona la democracia- los depositarios del poder son electos por períodos bastante largos de tiempo (cuatro o cinco años) y no pueden ser removidos de sus cargos sino por causas más bien extremas, como lo son la comisión de delitos graves, que aparejen la inhabilitación para el ejercicio del cargo, como pena accesoria. En el segundo caso, por el contrario, los consumidores son implacables y despiadados, no deliberadamente, sino porque adquieren aquellos bienes y contratan aquellos servicios que les resultan más atractivos y a mejor precio, sin importarles que otros proveedores puedan ir a la quiebra misma, dadas sus preferencias por los productos o servicios que consumen.

En el entorno político, las opiniones sobre lo que es más conveniente o menos aconsejable siempre son confrontadas por grupos de la oposición. Quienes toman y ejecutan decisiones siempre pueden reclamar en su defensa que la oposición obstaculizó el éxito del programa a realizar (lo que, en efecto, muchas veces ocurre). Casi

9 La Constitución Política de la República de Guatemala establece en su artículo 155 que "Cuando un dignatario, funcionario o trabajador del Estado, en el ejercicio de su cargo, infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirva, será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se causaren." Infortunadamente, una declaración como ésta corre el riesgo de quedar vacía de contenido cuando, como es el caso en Guatemala, los órganos de aplicación de la ley y de la administración de justicia están pobremente dotados y sujetos a sistemas que se agotan a meros formalismos. Es por eso que cuando algunos contradicen la noción de que es necesario responsabilizar a los titulares del poder por sus actos, con base en que la Constitución lo establece claramente y que eso de nada sirve, lo que realmente están objetando es que los sistemas mediante los cuales tal principio de responsabilidad personal debiera hacerse efectivo, no funcionan. Lo malo no está en el principio, sino en los mecanismos dispuestos para su ejecución.

10 ECONOMIA Y ETICA. Ediciones Rialp, S.A., Madrid 1991. La cita recoge palabras de Domingo de Soto en De iustitia et iure; p. 54

todo programa público satisface a algunos, aunque muchos otros lo critiquen.

Además de las precitadas razones, los consumidores en el mercado de bienes y servicios pueden incidir directamente en todo aquello que les afecta también directamente. Es decir, si alguna persona desea adquirir insecticidas de una marca y proveedor distintos de los que antes adquiría, no necesita del consenso de terceras personas (mientras cuente con los recursos necesarios). Por el contrario, cuando a alguno o algunos de nostros no nos parece el gobierno que tenemos, no podemos "adquirir otro gobierno" si no logramos antes un basto consenso de opinión [11] y, aún así, siempre y cuando estemos en medio de un proceso eleccionario o de cambio de autoridades. Nuestra influencia en el "mercado político" es muy limitada, es extremadamente marginal.

6. Muchos hay que quisieran servirse del poder público, para derivar rentas privadas.

Este último aspecto -la marginalidad de nuestra influencia en el proceso político- suele aprovecharse por los llamados "grupos de interés". Por ejemplo, como lo consumidores de gasolina o de combustibles en general, somos tan numerosos y el precio de los combustibles nos afecta de manera tan diversa a cada uno, es fácil que caigamos presa de los productores o de los distribuidores de dichos bienes, debido a que para ellos, organizarse para la defensa de sus intereses, es económicamente más beneficioso.

Dicho de otro forma, si cualquiera de nosotros, como consumidor ordinario de combustible, se podría ver afectado por un incremento de precios en una suma equivalente a veinte quetzales mensuales, es obvio que sólo nos organizaremos para evitar ese aumento de precios en la medida en que el coste de organizarnos no exceda esos veinte quetzales mensuales. Para los productores o distribuidores de tales bienes, si fuésemos medio millón de consumidores los que nos podríamos ver afectados por el incremento de precios, las rentas involucradas ascenderían a diez millones de quetzales mensuales... Por consiguiente, el coste de organizarse y de procurar que el sector gobierno proteja sus intereses es, con relación a las posibles rentas, extraordinariamente menor.

De lo anterior se deduce que, en vista de que a los consumidores -vale decir: los ciudadanos- comunes y corrientes nos resulta en muchísimos casos sumamente caro organizarnos, es entonces que el ordenamiento jurídico es el que debe protegernos, impidiendo, que el poder público pueda -bien o malintencionadamente- hacer causa común con los diversos grupos de interés. El fenómeno es casi automático: en ausencia de obstáculos artificiales a la competencia -salvo casos muy excepcionales- los productores no tienen más remedio que ganarse el favor de sus clientes -los consumidores- compitiendo. Competir, para los productores, es costoso. Si los proveedores pudiesen, de alguna forma, imponer sus condiciones a los consumidores, sin necesidad de competir, sus ganancias aumentarían notablemente. ¿Cómo lograr esto? A través del poder público. Es casi inevitable que, si el poder político percibe que puede beneficiarse, quedándose con una parte de las rentas que se podrían transferir a los productores, extrayéndolas de los consumidores (mediante la eliminación de la competencia), así se hará...

Naturalmente, la circunstancia de que no es posible reproducir un conjunto de incentivos y constreñimientos para el "mercado político", idénticos a los que se dan en el mercado de bienes y servicios, no supone que debe abandonarse cualquier intento por limitar y responsabilizar a quienes están en el ejercicio del poder. Esta es, justamente, la preocupación principal del Derecho constitucional.

Existe otro aspecto importante en el que el poder político y el poder económico son diferentes y por el que el poder político es más peligroso. Casi por regla general, la acumulación de poder económico es paulatina, es un proceso más bien lento por el que se va conquistando en buena lid la preferencia de los consumidores.[12] El poder político se adquiere, también por regla general, de golpe: se va a la campaña electoral, se contiende, se triunfa y se asume el poder. Como el poder político suele perderse también de golpe, surgen peligrosas motivaciones o incentivos a servirse - incluso en el buen sentido y dentro de la legalidad -, mientras se puede, del poder. En el caso del poder económico es bastante esporádico el caso en el que grandes organizaciones empresariales caigan estrepitosamente en desgracia o que asciendan súbitamente al estrellato.

7. Conclusiones.

De las consideraciones anteriores puede llegarse con facilidad a la conclusión de que el poder público sólo debe concederse bajo rigurosos controles y en dosis limitadas. Sin embargo, la razón más poderosa por la que el poder público debe tratarse con sumo celo, consiste en esa combinación de ignorancia -que todos padecemos en

11 Salvo que, como suele decirse, "votemos con los pies", en cuyo caso, los costos son por cierto considerables.

12 Claro que existen aquellos casos en que, como consecuencia de actos arbitrarios de los gobiernos, se conceden a ciertas personas o grupos de personas privilegios "legislados" que sí pueden ser el origen de rápidas acumulaciones de riqueza y de poder económico.

relación con tantísimos aspectos de la vida, la ciencia y la técnica humanas- y de inmodestia epistemológica, por la que nos consideramos más sabios que la inmensa mayoría de nuestros semejantes. [13]

Todos nosotros tenemos una teoría "mejor" que las teorías de los demás, que de ponerse en práctica, resolvería los problemas que aquejan a la sociedad. Sabemos "mejor" que otros por qué los precios suben y qué se debiera hacer para que bajen; por qué no aumentan las exportaciones o cuál sería el mejor sistema de salud pública. Rarísima vez nos encontramos con alguien que opina que lo "mejor" sería dejar que las gentes se organicen como les parezca, para resolver sus problemas, eso, se dice con frecuencia: ¡sería caótico! Según F.A. Hayek "el gran logro de los filósofos sociales del siglo XVIII fué reemplazar el ingenuo racionalismo constructivista de períodos anteriores, el cual concebía todas las instituciones sociales como productos de diseño deliberado para un propósito previsible, por un racionalismo crítico y evolucionista que examinó las condiciones y las limitaciones del uso efectivo de la razón consciente. Sin embargo, -añade- todavía estamos muy lejos de hacer un uso adecuado de las posibilidades que esas ideas nos presentan, en buena medida porque nuestro pensamiento todavía está influido por un lenguaje que refleja una modalidad anterior de pensamiento. Los problemas importantes son oscurecidos, en buena medida, por el uso de palabras que implican explicaciones antropomórficas o personalizadas de las instituciones sociales."[14]

Tendemos, pues, a confiar excesivamente en nuestras capacidades de conocer y de razonar. Constantemente juzgamos organizaciones y sistemas enteros como deficientes, con base en análisis efectuados bastante a la ligera y contando con conocimientos de detalle y circunstancia, también bastante escasos.

De las reflexiones anteriores puede colegirse que el Derecho constitucional debiera formularse de manera que el poder se atribuya a las autoridades públicas para la toma de decisiones cuya adopción por órganos públicos se juzga inevitable.

Como las personas tendemos a ser poco prudentes con lo ajeno; como el sistema en general no atribuye eficientemente costos y responsabilidades por la toma de malas decisiones en el sector público; como no es común que los humanos renunciemos al ejercicio del poder (sobre todo en nuestro propio beneficio); como por lo general somos poco modestos en cuanto a lo que realmente sabemos y en cuanto a los alcances de nuestras capacidades de razonamiento; como existen muchos individuos y grupos de individuos que podrían obtener inmensas ganancias (rentas) si tan sólo lograsen que las autoridades estatales adopten ciertas decisiones o "políticas"; por todo ello y más, la Constitución debiera limitar a su mínima expresión, la atribución y el ejercicio del poder público.

La pregunta obligada que muchos estatistas nostálgicos plantearían -no sin cierta dosis de razón- es la siguiente: ¿y del poder privado, quién nos protege? La respuesta es la misma: La Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, en la medida en que propicien un sistema competitivo, en el que el que más gana es el que mejor sirve.

Para quienes no tienen medio alguno de llegar a lograr una existencia digna dentro del "mercado" (por ser incapaces, menores desamparados, desvalidos, etc.), nadie discute -y yo tampoco- que todos, tanto en lo individual, como a través de nuestra organización política-social, tenemos un deber de solidaridad humana, que, en el ámbito de lo estatal, se rige por el principio de subsidiariedad.[15] Este es un tema a ser abordado en detalle en otra ocasión. Sin embargo, lo que aquí interesa destacar en cuanto a los conceptos de solidaridad, subsidiariedad y de poder, es que una de las justificaciones más empleadas -pero no por ello mejor sustentadas- para que los horizontes del poder político sean ampliados consiste, precisamente, en que "hay que socorrer a los pobres". Ahora bien, no es de ninguna manera evidente que, mediante la concesión de mayor poder público a los órganos de gobierno, puede socorrerse mejor a los pobres. Por el contrario, la evidencia empírica actual sugiere que lo que ocurre es precisamente lo contrario, que a más poder público en manos del gobierno, más aumenta la pobreza. Es probable que, como sugiere Michael Novak [16] la solución consiste en que el poder público sustente la existencia de un sistema competitivo, una economía de mercado, en que se respeta la propiedad privada, la intangibilidad de los contratos y la libertad moral y religiosa, además de que se atribuyen a sus autores, sistemáticamente, las responsabilidades extracontractuales por los daños y perjuicios y las infracciones legales que se causen. La mejor forma de solidarizarnos con los necesitados es la instauración de un sistema que genere prosperidad, aunque sea desigualmente.

Eduardo Mayora Alvarado.
Guatemala, Julio de 1994 (c).

---

13 Cfr. cita "6" supra.
14 Op.cit. pág. 58
15 Uno de mis alumnos, Andrés Wyld, hizo en clase la observación, muy acertada, de que en materia de "solidaridad" humana es muy importante que el Estado sepa ser "subsidiario", puesto que de lo contrario, muchas veces se duplican -ineficientemente- esfuerzos loables de grupos de personas que fundan o instituyen organizaciones de beneficencia pública en los más variados ramos.
16 En su libro "THE CATHOLIC ETHIC AND THE SPIRIT OF CAPITALISM".

LA CONCEPCION NEGATIVA DE LA LEY Y LA JUSTICIA*

En esta parte del trabajo procuraremos mostrar cómo el rechazo de la tradición justificacionista en la teoría del conocimiento, centrado en el papel decisivo conferido a la evidencia negativa, acabó también por moldear la concepción de la ley y de la justicia perfilada por los liberales. Con base en la singular gnoseología que abraza, el liberal responde, de forma original, a las siguientes preguntas: ¿Qué es ley? ¿Se distingue una ley de un decreto, de una instrucción y de una orden? ¿Hay algún grupo con legitimidad especial para ser una ley? ¿Cuál es la finalidad de la ley? ¿A través de qué parámetro ético se distingue una ley justa de una injusta? ¿Debería una ley ser obedecida, aún siendo injusta?

¿Es la auténtica ley hecha o descubierta? Tal ha sido uno de los más importantes problemas enfrentados por aquellos que se han propuesto, desde la Filosofía griega, definir lo que es la ley. Indagar sobre la finalidad que cumple la ley es indisociable del modo de concebirla. La determinación de lo que la ley es, condiciona aquello para lo que sirve. En este sentido, la identidad tiende a especificar la teleología. Inmunerables y discrepantes son las concepciones que de la ley han sido propuestas. Roscoe Pound (1950, p.60 y sigs.) cataloga doce diferentes visiones de la ley. Tiénese históricamente caracterizado como ley desde un conjunto de reglas para la acción humana, estatuído por la instancia Divina (por ejemplo, las leyes de Moisés), hasta un sistema de reglas impuesto sobre las acciones de los hombres en sociedad, por la clase dominante, con vistas a la perpetuación de sus intereses. Como se ve, el espectro abarca desde una concepción "trascendentalista" de la ley, hasta una materialista/economicista. Es evidente que, entre esos extremos, podemos localizar otras propuestas de lo que se comprende por ley. El jurisconsulto romano, por ejemplo, tendía a concebir la ley como el sistema de principios, filosóficamente descubiertos, capaz de expresar la naturaleza de las cosas; mostraba propensión a concebir la ley como constitutiva de un código moral eterno e inmutable. Así, vista como resultado de cómo las "cosas son", la ley se haría presente en todos los dominios:

> Las leyes, en su acepción más amplia, son las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas. En ese sentido, todos los seres tienen sus leyes. La divinidad tiene sus leyes; el mundo material, las suyas. Las inteligencias superiores al hombre tienen sus leyes, las bestias, las suyas. El hombre posee sus leyes. (Montesquieu, 1949, p.5)

La tradición metalegal más armonizable con la visión del mundo liberal es la que encara la ley como forma por un sistema de preceptos descubiertos a través de una prolongada experiencia de selección de los comportamientos experimentados por la humanidad. Los preceptos que se convierten en ley auténtica son, para un liberal, aquellos que permiten al individuo disfrutar, en la sociedad, el más alto grado de libertad. Esa actitud, que no es más que conciliar la libertad con la ley, es efecto de la reacción de los liberales contra las visiones que propenden a concebir la ley como un cuerpo de órdenes emanados de la autoridad constituida en una sociedad políticamente organizada. Independientemente de cuál sea la identidad política de la autoridad legisladora -ejecutiva, legislativa, "la voz de la mayoría", etc.- la excesiva regulación de la vida social por leyes carentes de abstracta universalidad prospectiva, genera usurpaciones objetivas de la libertad disfrutable por los individuos. El liberal entiende que, cuando se confiere a alguna autoridad -sea ésta un grupo legislador, un solitario burócrata o la arrebatada mayoría- un amplio poder de legislar, irrespecto del impacto causado sobre la libertad en cuanto Universal de la convivencia social, prácticamente todo es pasible de convertirse en ley. Cuando eso ocurre, el proceso político se concentra en la utilización de la maquinaria legiferante, en detrimento de la libertad garantizadora de la máxima escogencia individual.

Pero, si el liberal ve, en la febril actividad legisladora, el peligro del cercenamiento de la libertad, ¿qué debe ser, a su juicio, objeto de regulación legal? Como es sabido, en la República, Platón define el punto de vista de que aún las cuestiones más insignificantes deben ser objeto de regulación legal. Esto hace que muy poco se preserve de la esfera de la libre escogencia individual. En las antípodas del liberalismo, el totalitarismo aspira a controlar prácticamente todo: sólo un conjunto muy diminuto de acciones puede ser relegado al plano de la escogencia individual. Distinguiéndose del anarquismo, que define la total ausencia de regulaciones, el liberalismo entiende que la legislación no debe prestarse a la regulación propiamente de las acciones, sino que debe apenas dedicarse a estatuir los preceptos capaces de evitar las acciones perniciosas a la convivencia en libertad. Tiende, así, a adoptar la famosa máxima: Government is best which governs least.

Para la tradición inaugurada por Locke, la libertad sólo podría ser disfrutada de forma universal bajo el imperio de la ley. Ahora bien, si, por un lado, la ley es condición posibilitante de vivir en libertad, por otro, la ley tiene que

---

* Capítulo extraído del libro intitulado ENTRE DOGMATISMO ARROGANTE E O DESESPERO CÍTICO, publicado en Río de Janeiro en 1993 por Alberto Oliva, doctor en filosofía, profesor de la Universidad Federal de Río de Janeiro.

ostentar una identidad especial capaz de propiciar que todos disfruten de forma universal el grado más alto de libertad posible. Si no se restringiese a la misión de hacer posible el universal disfrute social de la libertad, la ley despuntaría como innecesaria exorbitancia de poder. A la ley incumbe apenas demarcar la espera protegida de la libre acción potencial de cada individuo. Si pasásemos por alto el hecho de que ese mínimo cercenamiento de la libertad, introducido por la ley, es necesario a la existencia social de la libertad, tenderíamos entonces a ver, en toda y cualquier ley, aún las de tipo abstracto, universal y prospectivo, un enemigo potencial de la máxima escogencia individual. De ahí que el liberal distingue la modalidad de ley que se muestra como apoyo de la libertad, de la que es obsesivamente reguladora, al punto de disminuir el soberano territorio de la decisión individual. A la vez, el liberal propende a rechazar la postura que caracteriza todo y cualquier producto de la actividad legislativa como ley. Así entendida como salvaguarda negativa de la libertad, bajo la noción de ley sólo puede ser subsumido un pequeño conjunto de reglas generales de conducta justa (nomoi)[1] -normalmente formuladas a partir de antiguos principios éticos básicos- y no cualquier mandato o decreto extemporáneo emitido por la autoridad con poder de legislar (thesein). Hume habla de las leyes fundamentales que no son alterables por la voluntad del soberano (Hume, 1969, p.612) y señala que:

> Aún cuando los hombres pudiesen mantener una pequeña sociedad inculta sin gobierno, no les sería posible conservar cualquier forma de sociedad sin justicia y sin la observancia de tres leyes fundamentales: la estabilidad de la propiedad, la transferencia por consentimiento y el cumplimiento de las promesas. Esas son, por tanto, anteriores al gobierno...
> (Hume, 1969, p.592)

Cabe dejar constancia que un auténtico liberal no repelería la propuesta de reducción de las *fundamental laws* de Hume al "axioma ético" del Evangelio o de la Filosofía de Confusio: "No hagas o otros lo que no te gustaría que te hiciesen a ti". Las otras leyes que se hiciesen eventualmente por necesidad deberían ser derivadas, como teoremas, de ese principio axiomático. Tal relación de consecuencia preservaría el carácter estrictamente negativo -preocupado tan solo de evitar las acciones perjudiciales al universal disfrute social de la libertad- de la normatividad fundamentada en el "axioma ético". Alguien podría señalar cuán difícil es determinar lo que no se debe hacer a otros. Pero extremamente más dificultoso es regular la conducta de las personas, en consonancia con sus variadas preferencias, a través de leyes positivas. La verdad es que el Estado de Derecho, sea que estribe en una o en unas pocas leyes, debe apenas evitar que el individuo sufra, por efecto de algún cercenamiento de su libertad, las consecuencias perniciosas de las acciones de otros.

Pero, si para el liberal, el conjunto de leyes ha de ser lo más diminuto posible, su alcance y lo que abarquen deben ser universales en el sentido de que su carácter abstracto y prospectivo garantice su aplicación tanto a los casos reales, como a los posibles. En ese sentido, deben las leyes poseer una forma que le confiera una validez independiente de las coyunturas, de especificaciones espacio-temporales, etc. Leyes auténticas son tan solo las que configuran reglas generales de justa conducta, aplicables indistintamente a todos -a un número desconocido y potencialmente infinito de casos futuros (cfr. Hayek, 1978). Así concebida, la ley es isonómica, contraria a los privilegios y protectora de un amplio dominio de la acción individual, libre de cualquier forma de coerción. Ahora bien, si la ley (auténtica) es una norma universal de justa conducta, dispuesta para evitar ciertas actitudes y conductas nocivas a la reproducción de la libertad, pasible de ser disfrutada al interior del Orden espontáneo, esto equivale a caracterizarla, no como el tipo de dispositivo capaz de especificar qué acciones son positivamente prescritas, sino como el mecanismo de regulación preventiva, con poder de impedir las acciones que acarrean males a otros o las que pueden involucrar la disminución o el disfrute universal de la libertad. De esta suerte, la misión principal de la ley es protegernos del poder arbitrario de otros, sobre todo, del poder hipertrofiado del Estado. En consonancia con tal orientación metalegal, Kant cualificó la justicia como la delimitación de una esfera de protección de la libertad individual.

Por no concebirlas como prescripciones o estipulaciones positivas de conducta, las leyes tienen, para el liberal, el carácter de prohibiciones/proscripciones (universales): definen lo poco que no debe hacerse a expensas de la

1 Las thesein, por oposición a las nomoi son reglas aplicables tan solo a personas específicas o colocadas al servicio de fines administrativos particulares. Su generalidad se circunscribe a actividades o necesidades funcionales de determinadas empresas o instituciones. Pero, incluso los mandatos que se asocian con la ejecución órdenes permanentes, funcionalmente necesarios, presuponen las nomoi, ya que aquel que manda funcionalmente también está sujeto a los imperativos de la actividad común y debe estar impedido de causar cualquier tipo de constreñimiento en sus subordinados funcionales.

libertad. Entendidas como dispositivos meramente preventivos de regulación negativa de la conducta, las leyes cumplen la función de *ante litem* prevenir los actos que atentan contra la libertad y de aplicar, *ex post facto*, sanciones a los que las infringiesen. Por erigir la libertad en valor supremo que debe plasmar la interacción institucional entre los *socii*, el liberal reviste a la ley de un carácter estrictamente negativo -el de especificar lo poco que no debe hacerse para que la libertad no se autodestruya por la total ausencia de un mínimo de orden:

> Cuando la ley y la fuerza mantienen a un hombre dentro de la justicia, no le *imponen nada más* que una simple *negación*. No le imponen sino la abstención de perjudicar a otros. No violan su personalidad, su libertad ni su propiedad. Solamente salvaguardan la personalidad, la libertad y la propiedad de los demás. Se mantienen puramente a la defensiva y defienden la igualdad de derechos para todos.
> (Bastiat, 1987, p.30; *énfasis nuestro*)

> Las sanciones de la ley se destinan exclusivamente a *impedir* que una persona practique ciertos actos, o a hacer cumplir obligaciones voluntariamente asumidas.
> (Hayek, 1960, p.42; *énfasis nuestro*)

> Pero ninguna modalidad de historicismo o de relativismo podría impedirnos reconocer que, en cualquier sociedad, los sentimientos y convicciones relativos a acciones que no deberían hacerse, son muchos más homogéneos y fácilmente identificables que cualquier otro tipo de sentimiento y convicciones.
> (Leoni, 1972, p.15)

Cuando prescriptivamente positivas, las leyes acarrean drásticas mutilaciones al conjunto potencialmente infinito de los actos que puedo libremente querer ejecutar. Cuando me dicen, veladamente, lo que debo hacer -vía la imposición legal- dejo de poder realizar todas las acciones alternativas a la prescrita. Las leyes de ese tipo generan, en el último análisis, el embotamiento de la creatividad y la burocratización de las tipologías de acción socialmente inducidas como ciertas, o las impuestas como correctas.

A la ley (auténtica) sólo le incumbe definir lo que no es aceptable hacer, por configurar un atentado a la libertad, cuya plena vigencia es la única garantía de que ninguno (en especial, ninguna autoridad) me impedirá emprender el curso de acción que deseo, dentro del conjunto potencialmente infinito de conductas que estoy en principio capacitado a escoger. Queda así claro que la negatividad despunta, para el liberal, no sólo como categoría fundamental de los procedimientos de evaluación de las pretensiones de conocimiento, sino que también, y derivadamente, como fundamento del orden jurídico preservador de la libertad.

Por conferir a la ley esa modesta misión de colocarse apenas al servicio de la preservación del disfrute universal de la libertad, el liberalismo ve, en el furor legiferante, uno de los grandes enemigos del postulado de la máxima elección individual. Esa idea de que podemos hacer leyes a voluntad, de que, por su medio podemos proyectar el hombre ideal, capaz de constituir redes perfectas de interacción, es síntoma de arrogancia de los que creen que saben lo que yo sé, lo que saben los otros y la compleja urdimbre del orden social. Esa alucinación de que podemos a todo y a todos reprogramar, teniendo en vista la generación de un nuevo mundo, fue bien sintetizada por Gabriel Bonnot de Mably cuando declaró, en 1777, en su trabajo *De la Legislation:* "Nada es imposible a un legislador, ya que tiene en sus manos, por así decirlo, nuestro corazón y espíritu; puede hasta proyectar nuevos hombres." Cuando se confiere a la ley la identidad del artificio positivo de control de los comportamientos, tiéndose a ver el poder de legislar (creación intencional de las leyes) la herramienta capaz de corregir los defectos de la vida institucional, desapercibiéndose del hecho de que las leyes con efectivo fundamento ético y patrocinadoras de la libertad se reducen a un número diminuto.

En las antípodas de la posición de Locke, que en sus *Essays on the Law of Nature*, indicaba que es propio de la razón no tanto establecer y expresar ese derecho natural, sino más bien procurarlo y descubrirlo, Voltaire, en explícita manifestación constructivista, declaraba: *Voulez-vous avoir de bonnes lois? Brûlez les vôtres et faites nouvelles.* Al afirmar que la razón no es creadora, más constatadora de los derechos, Locke define la posición metalegal de que la ley, duradera por su abstracta universalidad prospectiva, es algo que debe ser descubierto y no producido. En ese sentido hace Popper la observación lapidaria de que "esas reglas de los antiguos, descubiertas, no proyectadas, son naturaleza aún, sólo que naturaleza metodizada." Indiferentes a los efectos ruinosos sobre la libertad, los agentes políticos se han valido, crecientemente, de la legislación como una forma de implementar experimentos sociales y de garantizar derechos a "grupos de presión" y a "mayorías coyunturales".

Por lo expuesto queda claro, para la tradición que estamos aquí privilegiando, que no todo producto de la actividad legislativa merece ser considerado ley, a no ser aquél que, por su carácter negativo, preserva la indivisibilidad de la libertad. El planteamiento jurídico que ambiciona estatuir cómo deben las personas comportarse, teniendo en cuenta la consecución de tal o cual finalidad (normalmente supra-individual), no tiene como reivindicar para sí universalidad, configurando un dirigismo atentatorio de la libertad por todos disfrutable. La verdad es que la prevalencia de una concepción positiva de ley acaba por tornar obligatorias ciertas tipologías de conducta, en detrimento de un número potencialmente infinito de alternativas. Sirve tan solo para, en nombre de un pretendido Bien Común, instrumentalizar la coerción y relativizar la libertad a proyectos políticos acariciados por determinados individuos o grupos.

Cuando se revisten de carácter negativo, como los atributos arriba indicados, las leyes rigen por igual a gobernados y a gobernantes, formando lo que el liberal denomina *Rule of Law*. Las pocas leyes necesarias para la preservación de la libertad garantizan, no un gobierno de hombres, sino que más bien un orden legal impersonal, que estriba en los principios morales básicos, similares a la mayoría de los que se formaran espontáneamente en algunas de las más conocidas culturas.

El atributo de la universalidad que, para el liberal, la ley (jurídica) debe ostentar es análogo a aquél que el científico procura conferir a sus leyes, hipótesis y teorías. Como vimos, la incapacidad de que se verifique un universal categórico a través del cúmulo de evidencia favorable, necesariamente parcial e inconclusiva, llevó a la "epistemología liberal" a colocar, en segundo plano, los procedimientos justificacionistas ambiciosos de la Verdad. Lo positivo sólo puede proveer la plena justificación de lo universal cuando este no es irrestricto, cuando se trata de mera generalización accidental o enumerativa. Ocurre, empero, que el universal que interesa a la ciencia, y al orden social libre, es el categórico, y que abarca casos reales y posibles. Y cuando se trata de aquilatar la universalidad irrestricta, sólo el ejemplo en contrario tiene fuerza de decisión epistémica, jamás el caso confirmador, por más expresivo que sea su número.

Mutatis mutandis, la ley preservadora de la libertad es la que se aplica a todos los casos/individuos, reales y posibles, independientemente de relativizaciones coyunturales o casuísticas. Cuando se muestra capaz de alcanzar tanto los reales como los posibles, la ley despunta como regla general de conducta justa, cuyo fundamento negativo en nada disminuye el conjunto potencialmente infinito de actos libremente ejecutables. De esta suerte, la ley precisa siempre ser expresada a través de salvaguardas negativas de la libertad, del tipo "no harás esto o aquello", dejando sobreentendido el presupuesto "porque producirá daño a otro, o causará una merma de su libertad". Si encerrase carácter positivo, la ley no sería un *nomos*, y si una *thesis*, esto es, una mera orden cuya función principal sería la de suprimir, teniendo en vista la necesidad de privilegiar determinado *telos* sectorial, un número considerable de "proyectos de acción" alternativos. Si, al interior de un orden jurídico, se decreta "haz X", entonces estamos impedidos, por lo menos en cuanto tal disposición se aplique, de hacer Y, Z, W y así sucesivamente. Y eso no es compatible con la vigencia de la *Rule of Law*. La prescripción positiva tiene contra sí el hecho, tan bien anotado por Espinoza, en la *Ethica*, de que *omnis determinatio est negatio*, esto es, que si se da una determinación en favor (de que se haga) algo, automáticamente se da en contra de (niega) otros posibles.

La única forma de manejar la predecibilidad epistemológica, lo posible, es no endosar una teoría de conocimiento que estribe en la justificación positiva de nuestras pretensiones de conocimiento, es la única manera de evitar la supresión de lo posible (comportamental) y rechazar la concepción positiva de la ley, ya que de lo contrario se daría la pretensión de construir un orden social, al interior del cual la libertad se desvanece entre contrastantes atribuciones de poderes, a éste o aquél grupo, en nombre de la existencia de diferentes tipos de necesidad.

Nos gustaría, a estas alturas, señalar que la concepción de ley jurídica, en Hayek, y de la ley científica, en Popper, coincidentemente estriban en la noción de prohibición:

> (...) las leyes naturales pueden ser comparadas a "proscripciones" o "prohibiciones". No aseveran que algo exista u ocurra; lo niegan. Insisten en la no-existencia de ciertas cosas o estados de cosas, proscribiendo o prohibiendo, por así decir, esas cosas o estados de cosas;
> (Popper, 1965, p.69, cursivas nuestras)

> En realidad, las finalidades específicas de la acción, siendo siempre particulares, no debieran ser contempladas en reglas generales. La ley que prohíbe matar a otra persona, a no ser en ciertas situaciones de tal modo definidas que pueden ocurrir en

> cualquier tiempo y lugar, no específica que no se debe matar a determinados individuos.
> (Hayek, 1960, p.152, cursivas nuestras)

Una diferencia fundamental, entre las dos modalidades de prohibición, reside en el hecho de que una *law-like* generalización (científica) precisa, a fin de tener elevado contenido empírico, prohibir mucho, en tanto que el orden jurídico preservador de la libertad (negativa) prohíbe apenas lo indispensable para la manutención del Estado de Derecho. Cabe también señalar que la ley enunciada por el científico no encierra carácter prescriptivo, no estipula cómo algo se debe comportar. Trátase de un dispositivo epistémico de vinculación de la universalidad irrestricta que se limita a describir cómo algo de hecho se comporta. Como bien indica Schlick (1962, p.147), por ser meras directrices de lo que acontece, las leyes naturales no pueden ser responsabilizadas por algún tipo de coerción sufrida por los comportamientos. Las leyes de la mecánica celeste no prescriben a los planetas cómo deben moverse; el modo por el cual se mueven no es determinado por las leyes de Kepler. No ocurre lo mismo con relación a las leyes que rigen al interior de una sociedad, porque en el caso de las leyes civiles sí hace sentido pensar en movimientos alternativos a los que son regularmente ejecutados por los agentes que obedecen la constitución de su país. Si hay leyes psicológicas que determinan inexorablemente nuestra conducta, no tenemos cómo cuestionar su legitimidad. Pero si vivimos al interior de un ordenamiento jurídico que nos compele a hacer esto o aquello, podemos repelerlo por representar un cercenamiento innecesario de nuestra, aunque psicológicamente determinada, libertad de escogencia.

La coerción gubernamental harmonizable con la libertad es la que se limita a imponer a los individuos reglas generales (negativas) de conducta justa. Cualquier utilización de la ley con vistas a la realización de un fin casuísticamente manipulativo (sobre todo de gobierno) convierte en arbitrario el acto de coerción. Si la libertad es el poder de convertir en actual todo el potencial de acción individual, a salvo de la coerción que sobrepasa el Estado de Derecho, entonces, no podemos prescindir del ordenamiento jurídico mínimo, consistente en prohibiciones básicas:

> (...) la finalidad de la ley no es abolir o restringir, sino preservar y ampliar la libertad. Así, en todos los estados de seres creados, susceptibles de leyes, donde no hay ley no hay libertad. (Locke, 1952b, p.37)

Cuando se abraza una concepción positiva de la libertad/ley no hay cómo evitar la pérdida de la universalidad tan cara al proyecto de la fundamentación negativista de la tradición liberal, por nosotros destacada. Si la libertad/ley fuese medio o poder para hacer algo, imposición teniendo en vista tal o cual finalidad, entonces nada puede propiciar de universal. Puede, cuando mucho, ser colocada al servicio de proyectos, necesidades, deseos, etc., de alguien o de algún grupo. Ejemplifiquemos esto a través de la lógica. Consonante con la concepción negativa de la libertad, la función proposicional "x es libre" puede ser transformada en proposición pasible de recibir un valor de verdad, desde que la variable (X) sea substituida por una constante cualquiera (Juan, Pedro, Homero y otros). Al seguir la concepción positiva, no tenemos como substituir la variable por cualquier constante, esto porque el poder para que "X" sea libre es relativo a las necesidades de fulano y no a las de mengano. Como las personas tienen diferentes deseos y necesidades y son diferentes en sus talentos e intereses, sería imperioso conceder distintos poderes para diferentes personas. Esto tornaría indispensable un gobierno fuerte y omnisciente, capaz de conocer y controlar las fuentes de las diferentes necesidades a manera de poder administrarlas de una forma que se revelase con competencia para impedir que cada uno (cada grupo) pugnase destructivamente contra la libertad en nombre de su "libertad ventajista". La regulación positiva restringe -si no es que impide- la posibilidad de hacer frente, de una forma competente, a lo imprevisible. Tener un gobierno fuerte, no es, como la historia lo atestigua, difícil. Lo imposible es concentrar el conocimiento de larga escala, capaz de dar legitimidad mínima a la hipertrófia del poder. De ahí la promesa de distribuir poder para que la libertad no pase de un juego político de favorecimiento a los grupos que sustentan al gobierno. Como las capacidades y los poderes de hacer algo son, al menos históricamente, variables de hombre a hombre, la *liberty for*, por tener un restrictivo y diferenciado ámbito de aplicación, demanda la intervención pronunciada del Estado como poder con condiciones de imponer su inevitable distribución desigual. La concepción negativa de la ley es ejemplificada por Bastiat, cuando declara que la finalidad de la ley no es, rigurosamente hablando, hacer que la justicia prevalezca, y sí evitar que la injusticia reine. O asimismo cuando proclama que:

> Cuando la ley -por intermedio de su agente necesario, por fuerza- impone un modo de trabajo, un método o una materia a enseñar, una fe religiosa o un credo, ya no es más negativamente, sino

> positivamente, que ella actúa sobre los hombres. Ella substituye la voluntad del legislador por su propia voluntad, la iniciativa del legislador por su propia iniciativa.
> (Bastiat, 1987, p.31, énfasis nuestro)

Como se ve, la Tradición Liberal repele con vehemencia las posturas asociadas al "positivismo legal", que sustenta que toda ley es o debe ser el producto de la voluntad de un legislador. Además de poder ser arbitraria, esa voluntad refleja una exacerbación del poder legislativo que no acepta verse confinado a la reiteración de los principios universales de justa conducta y de las leyes derivadas con ellas compatibles. El afianzamiento de la justicia promovida por las leyes no se da mediante los beneficios sustantivos que propicia, incluso bajo la justificación de que son generados para los necesitados, y sí escudriñando si es posible su aplicación universal. Como bien pone de relieve Hayek, si la ley debiese proporcionar garantía de beneficios particulares a personas específicas como recompensas correspondientes a sus méritos o necesidades, por más cuidadosamente que fueren evaluados, tendría que colocarse al servicio de la generación de un orden social totalmente marcado por el dirigismo autoritario central. La autorregulación, con un mínimo de compulsión, es preservada cuando los individuos sufren apenas las restricciones emanadas de la vigencia de las reglas universales de conducta justa. La igualdad pertinente a la ley -isonomía- significa que los hombres deben ser tratados de forma ecuánime por ser de facto desiguales:

> Si los hombres fuesen completamente iguales en sus dones e inclinaciones, tendríamos que tratarlos diferentemente a fin de que pudiésemos alcanzar alguna forma de organización social.
> (Hayek, 1949, p. 15-16)

Si dispensar tratamiento igual a las personas -pilar de sustentación de la libertad negativa- es visto como parcialidad formal de importancia secundaria y si se da prioridad al proyecto constructivista que ambiciona tornarlas iguales, la tendencia será a incurrir en lo que Tocqueville (1951 y 1952) llama la nueva forma de servidumbre, a pesar de que los objetivos previstos pretendiesen ser libertarios.

Traducción por Eduardo Mayora Alvarado*.
Guatemala Junio de 1994 (c).

NOTA: El presente artículo se publica con permiso de su autor y en nada supone la concesión de una licencia o cesión de derechos de autor.

BIBLIOGRAFIA

BASTIAT, F. (1975). The Law. In:_____. Selected essays on political economy. New York. The Foundation for Economic Education.
HAYEK, F.A. (1949). Individualism and Economic Order. London: Routledge and K. Paul.
HAYEK, F.A. (1960). The Constitution of Liberty. The University of Chicago Press.
HAYEK, F.A. (1978). New studies in philosophy, politics, economics and the history of ideas. The University of Chicago Press.
HUME, D. (1969). A treatise of Human Nature. London: Penguin Books.
LEONI, B. (1972). Freedom and the Law. Los Angeles: Nash Publishing.
LOCKE, J. (1952b). Concerning Civil Goverment, Second Essay. Chicago: Encyclopedia Britannica.
MONTESQUIEU. (1949). De l'esprit des lois. Paris: Ed. Garnier
POPPER, K.R. (1965). The Logic of Scientific Discovery. New York: Harper and Row.
POUND, R. (1950). An introduction to the Philosophy of Law. Oxford University Press.
SCHLICK, M. (1962). Problems of Ethics. Trad. de David Rynin. New York: Dover.
TOCQUEVILLE, Alexis de (1951). De la Democratie en Amérique. Paris: Gallimard, 2v.
TOCQUEVILLE, Alexis de (1952). L'Ancien Régime et la Revolution Paris: Gallimard.

* La primera traducción la revisó Og Francisco Leme, Director Ejecutivo del Instituto Liberal de Rio de Janeiro. Agradezco aquí sus acertadas observaciones que contribuyeron a mejorar la versión final. Cualquier desacierto es de mi entera responsabilidad.

Eficiencia Económica y Sistemas Jurídicos*

The great political superstition of the past was the divine right of kings.
The great political superstition of the present is the divine right of Parliament.
Herbert Spencer.

I. INTRODUCCION.

En este trabajo se pretende mostrar que rol juega el sistema jurídico en la eficiencia económica. Con tal objeto analizaremos: 1) en qué consiste la eficiencia económica. Los economistas no suelen ser muy precisos en este tema y generalmente llegan a definiciones de eficiencia económica para modelos económicos que se basan en supuestos muy irrealistas de manera que cualquier coincidencia entre la teoría y la realidad es pura casualidad. Lo que haremos en primer lugar es tratar de definir eficiencia económica con un sentido más realista o utilitario. Sólo en la medida en que tengamos en claro que es eficiencia económica podremos saber cuál es nuestro objetivo y por lo tanto podremos juzgar con mayor certeza cuáles son los medios que permiten lograr dicho objetivo; 2) el sistema legal que garantiza la eficiencia económica. En este caso también saldremos de los estándares tradicionales porque son muy pocos los economistas y abogados que ven con claridad la íntima relación que hay entre derecho y economía. La economía y el derecho no marchan por canales separados, no son compartimientos estancos. Los modelos económicos suelen hacer caso omiso del sistema jurídico, y los abogados parecen desconocer los efectos económicos que producen la legislación. Derecho y economía son como dos caras de una misma moneda, siempre que exista más de una persona las transacciones económicas se realizan por contratos, los resultados económicos son las consecuencias de contratos. Por lo tanto, en este trabajo trataremos de ver cuál es el sistema jurídico que mejor garantiza la eficiencia económica. No es una casualidad que los "economistas" que mejor comprendieron el funcionamiento del mercado fueron abogados de profesión, tales fueron los casos de Carl Menger, Eugen von Böhm-Bawerk, Ludwig von Mises y Friedrich A. von Hayek. El mismo padre de la ciencia económica, Adam Smith, abordó los temas económicos a partir de la moral y el derecho, después de todo, esto era lo que enseñaba Smith en Escosia. Por el contrario hubo otro grupo de economistas que provenían del área de la matemática como William S. Jevons, Leon Walras, Alfred Marshall que fueron los que dieron nacimiento a la *Mainstream economics* del siglo XX.

Este trabajo está escrito por un economista y por lo tanto puede estar sesgado por la profesión; es por este motivo que quiero agradecer muy especialmente a los profesionales del derecho que colaboraron para aclarar muchas dudas que tuve que despejar. Todos ellos me han brindado un gran apoyo y sus puntos de vista me han ayudado a precisar muchos temas. Obviamente, los errores y opiniones vertidos en este trabajo son pura responsabilidad del autor. Quiero agradecer a los escribanos Claudio Caputo, José Guglielmi, Horacio Forn, Ponciano Vivanco y al licenciado Sergio Mileo. Por última también quiero agradecer a María Gabriela Mrad por las valiosas ideas que aportó a mi pensamiento durante su año en el departamento de investigaciones de ESEADE de Argentina.

II. LA EFICIENCIA ECONOMICA

Para comprender claramente en que consiste la eficiencia económica, conviene analizar muy brevemente algunos puntos en los que suelen confundir medios con fines. El principal problema se presenta cuando se trata de definir el objetivo de una política económica. Aunque tal vez resulte un poco obvio, conviene recordar la diferencia entre política económica y teoría económica. Esta última trata de encontrar las relaciones de causa y efecto de los fenómenos económicos. La teoría se pregunta, por ejemplo, qué es lo que produce la inflación, la desocupación, el mayor o menor crecimiento económico, etc. No dice si la inflación es buena o mala, sólo da respuesta a aquello que la causa. La teoría económica no dice si la protección arancelaria es buena o mala, sólo establece los efectos de tener o no impuestos a las importaciones de productos. La teoría económica no dice si es bueno o malo tener desocupación, sólo se limita a decir por qué hay o por qué no hay desocupación, etc

La teoría económica, como la teoría de cualquier ciencia, sólo se ocupa de las relaciones causales de los fenómenos que quiere explicar. Es el trabajo de los científicos tratar de encontrar las relaciones causales que permitan explicar cómo funciona el mundo. Si la teoría no nos permite

* Este trabajo esta basado en una investigación realizada para el Colegio de Escribanos de Buenos Aires. Agradezco a esta institución por autorizar la publicación de gran parte de esa investigación.

explicar la realidad entonces es totalmente inútil desde el punto de vista práctico, sólo sirve como un buen ejercicio mental que consiste en deducir teoremas consistentes a partir de supuestos irrealistas.

La política económica, a diferencia de la teoría, si se fija objetivos, pero al hacerlo está emitiendo un juicio de valor. Está diciendo, por ejemplo, es malo tener inflación, es malo tener desocupación, queremos una mayor, y no una menor, producción de bienes y servicios, etc. Todo esto implica juicios valorativos que están ausentes en la teoría.

Cuando se habla de los objetivos de una política económica se suelen confundir medios con fines. Por ejemplo, se habla de objetivos tales como terminar con la inflación, disminuir la desocupación o aumentar los salarios. Uno de los problemas es que muchas veces los objetivos son contrarios. Por ejemplo, no se puede decir que se van a realizar más obras públicas, que se va a dar mejor educación estatal, que se mejorará la remuneración de los empleados públicos "y" que se reducirá el gasto público. Estos son objetivos contradictorios entre sí. Tampoco se puede decir, por ejemplo, que se aumentará el gasto público, se reducirán los impuestos "y" se bajará la inflación y las tasas de interés. Hay objetivos que no pueden lograse simultáneamente.

El objetivo de una política económica es en realidad sólo uno: *aumentar el bienestar de las personas,* todos los demás son medios que deben acomodarse a este fin. De nada servirfa, por ejemplo, terminar con la inflación si para lograr este objetivo los individuos tienen que tener un menor nivel de vida en forma permanente. Por suerte se puede demostrar, pero está fuera de los alcances de este trabajo, que si hay inflación o desocupación las personas no pueden alcanzar el máximo de bienestar. Pero entonces, terminar con la inflación y la desocupación no son objetivos en sí mismos sino medios para aumentar el bienestar de cada una de las personas de la sociedad.

También vale la pena aclarar, debido a la gran confusión existente, que el objetivo de una política económica debe ser el bienestar de las personas y no la producción. No tiene sentido un aumento de la producción que no aumenta el bienestar. Si, por ejemplo, la gente demanda automóviles, el objetivo no es tener fábrica de automóviles sino la mayor cantidad de automóviles al menor precio y de la mejor calidad. Haber confundido medios con fines ha llevado a muchos países a desarrollar políticas de industrialización ineficientes, que, en lugar de mejorar el nivel de vida, tienden a disminuirlo. Con esto no queremos decir que un país no deba tener industria y deba importar todo (sería imposible), sólo estamos afirmando que hay que buscar el medio para que la gente tenga la mayor cantidad de bienes y servicios que mejora su bienestar, y esto se puede lograr produciendo dentro del país o importando. Lo importante es recordar que la producción es un medio y no un fin, el fin es que las personas mejoren su calidad de vida.

La política económica la podemos dividir en dos grandes partes: (1) objetivo a alcanzar y (2) medios para lograrlo. El objetivo es el bienestar y por suerte se puede decir que en esto prácticamente no hay diferencias, tanto el marxista como el liberal, pasando por toda la gama de intervencionistas, buscan este objetivo. Es difícil, sino imposible, encontrar a alguien que sostenga que su objetivo es empeorar la situación de las personas. Las diferencias están en los medios, es decir, en cómo se logra ese mayor bienestar. Están los que dicen que hay que planificar centralmente los mercados y los que dicen que hay que dejar que el mercado actúe libremente. Se trata de dos medios diametralmente opuestos para alcanzar el mismo objetivo: el bienestar de las personas. Los medios que permiten alcanzar los fines propuestos los da la teoría. De manera que la diferencia es básicamente técnica y por lo tanto puede resolverse: consiste en demostrar si los medios permiten o no alcanzar el fin propuesto.

Podríamos definir una eficiente política económica como: *el conjunto de medidas que permite alcanzar el máximo bienestar de las personas que habitan un país.* Para que la política económica tenga éxito debe basarse en teorías verdaderas, o sea que debe haber coherencia lógica y fáctica entre las medidas y los objetivos. Una política económica errada es la que recurre a medidas inconsistentes para alcanzar el fin perseguido. Durante muchos siglos, para citar un ejemplo muy conocido, los gobiernos han impuestos erróneamente el control de precios para contener procesos inflacionarios a pesar de que nunca ha dado resultados positivos.[1] La historia económica mundial abunda en ejemplos de políticas económicas erradas.

Obsérvese que no estamos abriendo juicio sobre si el "bienestar" consiste en bienes materiales o espirituales, o sobre qué tipo de bienes materiales y espirituales aumenta el bienestar. Este es un problema que no tiene solución porque las valoraciones son siempre subjetivas. Lo que

1 Para una historia de los controles de precios ver Robert Schuettinger y Eamonn Butler, *Forty Centuries of Wage & Price Controls -How not to fight inflation*, Caroline House, Publishers, Inc., 1979.

provoca placer a una persona puede provocar disgusto a otra. Cabe preguntarse entonces: ¿es posible definir en qué consiste el bienestar? Para dar respuesta a esta pregunta observemos, en general, la conducta de las personas. Cada uno de nosotros tiene una escala de preferencias. Continuamente estamos optando entre distintas actividades (materiales o espirituales). Decidimos entre descansar, practicar algún deporte, ir al cine, leer, etc. Cuando recibimos nuestros ingresos realizamos una lista con los destinos que les daremos para lo cual armamos una lista de prioridades, cuando realizamos el presupuesto dejamos de lado los gastos que consideramos menos importantes. Cualquier cosa que hagamos, material o espiritual, la hacemos sobre la base de un orden de prioridades. Todas las personas tienen una escala de preferencias y sus acciones siempre están dirigidas a satisfacer las necesidades que consideran prioritarias. Aunque cometan un error y luego se arrepientan, siempre hacen lo que consideran más importante y dejan de lado aquello que les gustaría hacer pero, por falta de tiempo o dinero, no pueden. Comprender que todos operamos sobre la base de una escala de preferencias es clave para definir la eficiencia económica. Podríamos esquematizar la escala de preferencias de una persona de la siguiente manera:

Señor A
1ra necesidad
2da necesidad
3era necesidad
.....
.....
.....
Nma necesidad

Las escalas de preferencias tienen las siguientes características: (1) Difieren en cada individuo, (2) el orden de prioridades de cada persona varía con el paso del tiempo y el cambio de circunstancias y (3) las necesidades que las componen son infinitas: el hombre siempre tendrá necesidades que satisfacer. A medida que satisface las que considera prioritarias pasa a atender las que considera menos urgentes. Cuando los ingresos reales aumentan empezamos a comprar los bienes que continúan en orden de importancia dentro de la escala de preferencias.

Muchas veces las diferencias entre los liberales y los intervencionistas provienen no sólo de los medios sino respecto de la manera en que se aumente el bienestar. Ambos coincidirán en que hay que satisfacer la mayor cantidad de necesidades prioritarias, la diferencia radica en que para un liberal la composición de la escala de preferencias es totalmente subjetiva mientras que un intervencionista quiere imponer al resto lo que él cree, según su particular escala de valores, lo que aumenta el bienestar. Muchas de las prohibiciones y obligaciones de hacer cosas que se les quiere imponer a las personas provienen de tratar de imponer juicios de valor o preferencias particulares. Para un liberal, las personas pueden hacer cualquier cosa que deseen siempre y cuando no esté afectando derechos de terceros. L. von Mises planteó el problema de la siguiente manera:

> *Con la excepción de los oportunistas, todo el mundo está convencido de la certeza de sus opiniones. Pero, si esa convicción, por sí misma, justificara la intolerancia, entonces cualquiera tendría derecho a coaccionar y perseguir al resto de las personas por tener formas de pensar diferentes. En estas circunstancias, la demanda de tolerancia sólo puede ser una prerrogativa de los débiles. Con el poder viene el ejercicio de la intolerancia. Y en esa situación siempre habrá enemistad y guerra entre los hombres. La cooperación pacífica es improbable. Porque el liberalismo busca la paz, que exige que se toleren todas las opiniones.*[2]

Podemos decir, entonces, que una persona mejora su bienestar en la medida que satisface más necesidades (materiales y/o espirituales) de su escala de preferencias.[3] Debemos siempre recordar que para que el bienestar sea máximo las necesidades tienen que ir satisfaciéndose por orden de prioridad. De nada sirve producir bienes y servicios que no son prioritarios si se dejan de producir los que sí lo son.

Una persona aislada va a proceder de esta manera por definición, siempre dedicará su tiempo, trabajo y recursos a producir los bienes que considere más importantes.[4]

---

2 L. von Mises, *Socialism*, Jonathan Cape, 1972, p. 189.

3 Podríamos agregar que además de la *cantidad* de necesidades prioritarias que se pueden satisfacer también la *calidad* de los bienes y servicios influye sobre el bienestar. No es lo mismo comer que comer bien, no es lo mismo viajar en una carreta tirada por caballos cansados que en un automóvil con música, aire acondicionado y cómodas butacas.

4 Recordemos que puede cometer un error y hacer algo de lo cual después se arrepienta. Pero en el momento de tomar la decisión de hacerlo lo hace porque lo considera prioritario.

Si en vez de una persona hay dos, se abre la posibilidad de una relación contractual lo que implica una división del trabajo. Esta relación contractual, *si es voluntaria*, se realizará si cada una de las partes considera que mejora su posición. Si una de las partes cree que saldrá perdiendo no aceptará el contrato. En términos de escala de preferencias podríamos esquematizarlos de la siguiente manera:

Señor A	Señor B
*1ra necesidad#	*1ra necesidad#
*2da necesidad#	*2da necesidad#
*3ra necesidad#	*3ra necesidad#
*4ta necesidad#	4ta necesidad#
*5ta necesidad#	5ta necesidad#
6ta necesidad#	6ta necesidad
7ma necesidad#	7ma necesidad
8va necesidad#	8va necesidad
9na necesidad#	9na necesidad
.....	.....
.....	.....
nma necesidad	nma necesidad

* Cantidad de necesidades satisfechas sin división del trabajo.

Cantidad de necesidades satisfechas con división del trabajo.

En el ejemplo ambas partes mejoran su posición si deciden realizar un contrato de división del trabajo; la productividad de ambos será superior. Obsérvese, además, que, en el ejemplo, A mejora, *en términos relativos*, más que B; puede satisfacer 4 necesidades más si acepta la división del trabajo, mientras que B sólo puede satisfacer 2 más. Esta *desigualdad* en los ingresos puede provenir de una diferencia en la eficiencia de cada una de las partes, o de un marco jurídico que favorezca más a uno que a otro. En el punto siguiente analizaremos esta diferencia.

Los ejemplos vistos son sencillos porque suponen un mundo con "uno" o "dos" individuos. Sin embargo cuando hablamos de una sociedad con millones de personas surge una serie muy compleja de dificultades donde el sistema jurídico juega, como veremos, un papel de suma importancia para lograr la eficiencia económica.

En el caso de un individuo aislado, él conoce cuál es su escala de preferencias y conoce el tiempo y los recursos que tiene para combinar con su trabajo y producir la mayor cantidad de bienes y servicios que satisfagan sus necesidades prioritarias. Tal vez ocurra lo mismo cuando hablamos de dos, tres, cuatro personas: ellas pueden reunirse y cambiar información acerca de lo que necesitan y cómo les conviene dividir el trabajo, en base a esto realizarán un contrato. Pero a medida que la cantidad de individuos que componen una sociedad va creciendo, la división del trabajo se vuelve más y más compleja. Cada persona produce una porción muy pequeña de los bienes y servicios que se consumen en total. En otras palabras, a medida que la sociedad crece en cantidad de individuos, aparece un problema de información que consiste en saber qué producir, hay que buscar el medio de conocer cómo están compuestas los millones de escalas de preferencias y, además, cómo varían en el tiempo. Ahora cada individuo no produce directamente lo que consume sino que se dedica a producir un bien o servicio que "otros" necesiten, para intercambiarlo por lo que él necesita. Por lo tanto tendrán que, de alguna manera, saber qué producir. Ya no es posible reunirse y ponerse de acuerdo sobre qué se va a producir y cómo se va a dividir el trabajo.

Si el objetivo de la política económica es producir la mayor cantidad de bienes y servicios *prioritarios*, se presenta un problema de información. ¿Cómo se hace para conocer la escala de preferencias de cada uno de los millones de personas que componen una sociedad? ¿Cómo se hace, además, para saber cuándo y cómo cambian las escalas de preferencias de cada una de las personas? ¿Para qué se utilizará el acero: para producir automóviles, heladeras, viviendas, muebles, lavarropas, etc.?

La complejidad del sistema productivo también se puede visualizar si pensamos un instante en todo lo que tendríamos que conocer si decidiéramos producir todos los artículos que hoy consumimos. Obsérvese que no estamos hablando del problema de que no tendríamos tiempo para producir todos los bienes que se producen cuando hay división del trabajo. El problema que estamos planteando ahora es de conocimiento o información. Tendríamos que saber cómo producir nuestra ropa, comida, muebles, casas, relojes, aviones, peines, dentífrico, etc., etc. Se puede decir que ni siquiera el productor de lápices sabe cómo producirlos. Si él tuviese que derribar los árboles, fabricar las sierras eléctricas, obtener el grafito, fabricar la pintura, producir la electricidad, los camiones, etc., necesitaría

tanto conocimiento que no podría llevar adelante el proyecto.[5]

Podemos concluir, entonces, que para lograr la eficiencia económica, es decir, producir la mayor cantidad de bienes y servicios prioritarios, se necesita una gran cantidad de información; millones de datos que podemos dividir en tres grupos: (1) cómo está compuesta y varía la escala de preferencias de cada uno de los individuos de la sociedad (bienes de consumo), (2) qué recursos productivos hay disponibles en cantidad y calidad (bienes de producción) y sus variaciones, y (3) que conocimiento tecnológico se necesita para convertir los bienes de producción en bienes de consumo.

El problema fundamental de toda política económica es buscar la manera de acceder a todos estos datos para poder coordinar la asignación. Se ha demostrado que es físicamente imposible que una persona o grupo de personas pueda concentrar semejante cantidad de información y menos aún sistematizarla y procesarla. Hayek ha resumido el punto de la siguiente manera[6]:

> *El problema económico no es, por lo tanto, simplemente un problema de saber cómo asignar recursos "dados" -si por "dados" entendemos dados a una mente singular que deliberadamente resuelve el problema con estos "datos". Más bien es un problema de cómo asegurar el mejor uso de los recursos conocidos para cualquiera de los miembros de la sociedad, a los fines cuya importancia relativa sólo conocen esos individuos. O, para ponerlo en forma resumida, es un problema de utilización de un conocimiento que no está dado a nadie en su totalidad.*[7]

Manejar la información necesaria para asignar eficientemente los recursos sería imposible, no solamente por su cantidad (que ya sería un obstáculo insalvable), sino porque además toda esa información está en continuo cambio. Las escalas de preferencias de los individuos, la tecnología, la disponibilidad de recursos, el clima, etc., varían continuamente. Cuando se terminen de recolectar los millones de datos necesarios para procesarlos ya serán viejos.

Hasta el momento no se ha encontrado mejor manera de coordinar la producción que el mecanismo de los precios. Este mecanismo permite coordinar los dos tipos de información que se necesitan para asignar eficientemente los recursos: (1) la información acerca de qué bienes y servicios de consumo hay que producir, y en qué cantidad y calidad, (2) la información acerca de qué bienes y servicios de producción hay disponibles en cantidad, calidad y ubicación.

Comenzando por los bienes de consumo, el mecanismo opera de la siguiente manera: cuando reciben sus ingresos (salarios, intereses, rentas o ganancias) las personas los gastan en la compra de los bienes y servicios que consideran prioritarios dentro de su particular escala de valores. Esto hace que algunos bienes y servicios sean demandados y otros no; que algunos sean demandados en mayor cantidad y otros en menor cantidad. Todo dependerá de la composición concreta de las escalas de preferencias de cada uno de los individuos. Si una cierta cantidad de personas deja de comprar un cierto bien o servicio, el productor verá caer sus ventas, tendrá problemas de liquidez, y para hacer frente a este problema se verá apremiado a vender; por lo tanto, el precio tenderá a bajar. Por el contrario, si una cierta cantidad de individuos comienza a demandar otros bienes y servicios, el productor verá crecer sus ventas y se estimulará la producción; el precio de estos productos tenderá a subir hasta que nuevos competidores entren en el mercado.

De esta manera el mecanismo de los precios desalienta la producción de los bienes que dejan de ser demandados porque pasaron a una posición inferior dentro de la escala de preferencias y estimula la producción de los bienes que se demandan más porque pasaron a una posición superior.

Algo similar ocurre con los bienes de producción: cuando uno de ellos abunda, su precio es menor; por el contrario, si escasea su precio será mayor. Los precios de los bienes de producción reflejan su grado de escasez.

Si el empresario quiere maximizar ganancias tiene que elevar al máximo sus ingresos y llevar al mínimo sus costos. Para elevar al máximo sus ingresos tiene que producir los bienes y servicios que sean más intensamente demandados por los consumidores, aquellos por los que

5 Para un ejemplo detallado de la complejidad de producir un lápiz ver Leonard E. Read, "I, Pencil", *The Freeman*, Diciembre de 1958. Ver también Wilhem Röpke, *Economics of the Free Society*, Henry Regnery Company, 1963, capítulo I "El problema".

6 El artículo clásico sobre el tema es de Friedrich A. Hayek, "The Use of Knowledge in Society", en *Individualism and Economic Order*, Gateway Editions, Ltd. 1948.

7 Friedrich A. Hayek; ibid., pp. 77-78.

están dispuestos a comprar una mayor cantidad y a pagar un precio más alto. Para llevar al mínimo sus costos tiene que, por una parte, utilizar la mínima cantidad de bienes de producción y, por otra, aquellos que sean más baratos. Debe hacerlos sin que se afecte la calidad del producto por la cual el consumidor está dispuesto a comprar y pagar el máximo.

No sólo los empresarios actúan de esta manera, todos hacemos lo mismo con nuestras finanzas. Tratamos de que nuestros ingresos sean los mayores posibles y tratamos de sacarles el máximo rendimiento posible. Vale la pena aclarar que esto no excluye que haya gente, y tal vez una gran cantidad, que prefiere ganar menos dinero trabajando en alguna actividad por la que siente una gran vocación, a ganar más dinero realizando un trabajo que le desagrada. Haciendo esto, estas personas están maximizando su bienestar. Esto no invalida que estas personas prefieran trabajar en lo que les gusta ganando más, pues su bienestar mejorarfa todavía más. Tampoco quedan fuera del análisis los que donan una parte, o gran parte de sus ingresos, para obras de caridad: esto los hace sentir mejor. Nuevamente, si sus ingresos fueran mayores podrían realizar más caridad.

De todas maneras conviene señalar que las personas que realizan caridad también están asignando recursos productivos. El que recibe la donación la gastará en alimentos, ropa, investigaciones para curar enfermedades, etc. Al hacer esto estará afectando los precios de ciertos bienes de consumo y de producción.

El hombre siempre tendrá necesidades que satisfacer, materiales o espirituales. Su escala de preferencias es infinita, por lo tanto siempre se beneficiará si puede avanzar hacia abajo dentro de su escala de preferencias.

Sobre la base de lo dicho anteriormente podemos definir eficiencia económica como: *asignar los recursos productivos de manera tal que produzcan la mayor cantidad posible de los bienes y servicios que satisfacen las necesidades más urgentes de los individuos.* Este debe ser el objetivo de toda política económica, ya que de esta manera se alcanza el máximo de bienestar de las personas en la sociedad. A esto es a lo que podemos llamar bienestar general.

Por contraposición, el sistema es ineficiente cuando: (1) se produce un bien o servicio menos necesario (que se encuentra más abajo dentro de la escala de valores) dejando de producir otros que son más necesarios. El empresario que tiene pérdidas, por ejemplo, ha cometido el error de producir un bien por el cual no hay demanda, o si se prefiere, que no tiene la demanda suficiente como para cubrir los costos con las ventas. Estos son bienes que están más allá de las posibilidades de compra de la gente, dados sus ingresos. Como veremos, el empresario puede estar cometiendo un error de estimación o puede estar siendo inducido a cometer el error por una mala política económica. Estos suelen ser los casos de recesiones generalizadas.

Cuando se produce una ineficiencia de este tipo sucede lo siguiente: por un lado, hay menos productos de los que los consumidores demandan, por lo tanto suben sus precios, y, por otro, los empresarios que produjeron bienes que en realidad no son tan demandados se encontrarán con dificultades de ventas. La rentabilidad esperada será menor o tal vez se incurra en pérdidas. Estas distorsiones, producto del error empresarial, no permiten producir la máxima cantidad posible de los bienes y servicios "más urgentemente" necesitados.

Esta clase de ineficiencia muchas veces no se debe a una ineficiencia empresarial. Lo que, también, suele provocar este tipo de distorsiones es la inflación monetaria y las modificaciones arbitrarias de las tasas de interés.

(2) También hay ineficiencia cuando se utilizan más recursos productivos de los necesarios para producir una determinada mercancía. Si se contratan, digamos, 1,000 personas para un trabajo que pueden hacer 800, o se desperdicia mucha materia prima, o se hacen gastos innecesarios, los costos serán superiores, con lo cual las ganancias caerán o directamente habrá pérdidas. Pero además, desde el punto de vista social, si se emplea 200 personas de más en un sector, estas personas estarán *dejando* de producir en otros sectores, por lo tanto no se está produciendo la mayor cantidad de bienes y servicios posible. Este caso de ineficiencia suele darse en las empresas del Estado, donde no hay incentivos para contener los gastos; por el contrario, los incentivos operan al revés, la tendencia es a gastar más. Contratar más secretarias, empleados, oficinas y comodidades, sin tener que desembolsar dinero propio, mejora el "bienestar" del funcionario, por lo tanto existe una tendencia "natural" al gasto, y se trata de "racionalizarlo" o justificarlo de cualquier manera.

Tanto el primer tipo de ineficiencia (producir más de lo que es menos necesario y menos de lo que es más necesario) como el segundo (utilizar más recursos produc-

tivos que los necesarios) disminuyen el nivel de vida de las personas. No podrán satisfacer la mayor cantidad de necesidades prioritarias de sus escalas de preferencias.

Como corolario a lo anterior cabe agregar que la eficiencia no sólo consiste en producir lo máximo de lo que es prioritario, sino que también implica que las personas puedan ir satisfaciendo cada vez más necesidades (bajando por su escala de preferencias) a la mayor velocidad posible, lo que se logra produciendo una mayor cantidad de bienes y servicios. Para aumentar la producción de bienes y servicios se necesita aumentar de la *productividad*[8]. Un aumento de la productividad significa que cada hombre produce más en menos tiempo. Si no se aumenta la productividad, aumentar la producción de un bien significa disminuir la de otro. En cambio, un aumento de la productividad permite ahorrar tiempo que puede destinarse a la producción de otros bienes y servicios *sin dejar de producir los que ya se vienen consumiendo.*

El aumento de la productividad puede lograrse con una mejor organización de la empresa, por ejemplo cambiando el proceso de producción. Pero, fundamentalmente, la productividad aumenta con la acumulación de bienes de capital y el avance tecnológico. No es lo mismo arar un campo a mano que con un arado tirado por un buey, ni -mucho menos- que hacerlo con un moderno arado tirado por un moderno tractor con aire acondicionado. No es lo mismo transportar toneladas de granos en bolsas a hombro que hacerlo con un camión o en ferrocarril. Cuanto más bienes de capital haya y cuanto más sofisticados sean tecnológicamente, tanto mayor será la productividad. La producción de bienes y servicios será mayor y, en la medida en que sirvan para satisfacer necesidades, aumentará el bienestar de las personas.

A comienzos de la década de 1920 L. von Mises escribió un artículo y luego un libro que dio lugar a un largo debate acerca de la posibilidad del cálculo económico en el socialismo. Este debate fue uno de los más enriquecedores para la teoría económica debido a que requirió un verdadero esfuerzo intelectual por parte de los economistas de la escuela austriaca para demostrar que sólo un mercado libre puede asignar eficientemente recursos. Y un mercado libre no es otra cosa que la otra cara de una sociedad contractual, dónde la libertad de contratación de los individuos, que implica el libre uso y disposición de la propiedad, es la base del sistema. Cualquier intervención del estado que no sea para proteger la vida, libertad y propiedad de los individuos necesariamente lleva a una ineficiencia económica.

III. EL SISTEMA JURIDICO Y LA EFICIENCIA ECONOMICA

En el punto anterior tratamos de definir eficiencia económica identificándola con el bienestar de las personas, consistente en que cada persona pueda satisfacer la mayor cantidad posible de las necesidades que considera prioritarias.

Ahora tenemos que preguntarnos: ¿qué papel juega el sistema jurídico en la eficiencia económica? En primer lugar definimos un sistema jurídico como: "el mecanismo por el cual se generan leyes". Se puede decir que el sistema jurídico y las leyes que él genera crean *condiciones* que pueden ser más o menos favorables para lograr este objetivo. En este punto trataremos de demostrar que la ley y la eficiencia económica son dos caras de una misma moneda.

La eficiencia económica sólo se logra si existe un conjunto de leyes que cree las condiciones necesarias. Las leyes pueden ser producidas dentro de dos sistemas jurídicos (1) el derecho escrito o codificado y (2) el derecho no escrito similar al del *common law*, pero que es preferible llamar contractualista, debido a que el *common law* inglés incluyó en alguna medida leyes escritas. Trataremos de ver cuál de ellos es el más "eficiente" para producir leyes que permitan el mayor bienestar de las personas.

Toda persona actúa siempre para mejorar su bienestar[9], obviamente puede estar cometiendo un error del que se arrepentirá *ex post* (cuando vea los resultados), pero *ex ante* siempre "cree" que la acción en cuestión mejorará su bienestar, de lo contrario actuaría de otra manera, le elegiría otros fines o medios.

8 Productividad es diferente de producción. Producción es un concepto absoluto, por ejemplo 10.000 automóviles, 1.200 lápices, etc. En cambio productividad es un concepto relativo: producción por hora hombre.

9 Aún el masoquista o que se suicida es porque prefiere esta situación a la prevalenciente. La persona que realiza donaciones o practica ampliamente la filantropía lo hace porque ver bien a los demás le produce placer. Para un desarrollo más detallado del punto ver L. von Mises *Human Action*, capítulos 1,3 y 4.

En la vida en sociedad las relaciones entre las personas pueden ser de dos tipos: (1) compulsivas o (2) voluntarias. En el primer caso una persona, o grupo de personas, obliga por la fuerza a que otra persona, (o grupo de personas) a realizar un acto contra su voluntad. Cuando una relación es compulsiva, los que tienen más fuerza ganan a costa de los que tienen que obedecer. Cuando la relación es voluntaria ambas partes ganan, porque aceptan "voluntariamente" el acuerdo o contrato. Conviene aclarar que, aunque ambas partes ganen en una transacción, no implica que ambas estén "felices" con el trato. No es lo mismo gastar dinero en viajes de placer, que hacerlo en atender necesidades de salud, por ejemplo, tener que ir al dentista o tener que someterse a una operación quirúrgica complicada. No se puede decir que, en este último caso, se realice el acto por placer. Pero, dadas las *condiciones*, esta elección también mejorará la situación, o se cree que mejorará. Cuando decimos que en una relación voluntaria ambas partes ganan es porque ambas partes *creen* que mejorarán su situación. Dadas determinadas condiciones, es lo mejor que pueden elegir.

Para lograr la eficiencia económica, y el máximo bienestar de las personas en general, el Estado debe garantizar que todas las relaciones entre los individuos sean voluntarias. En una sociedad libre lo único compulsivo son los impuestos, que deben destinarse a garantizar que nadie imponga a otro sus deseos. El ensayo de John Stuart Mill, *On Liberty*, escrito en 1859, es todavía uno de los mejores argumentos que tenemos en defensa de la libre contratación entre los individuos. Sin embargo, Friedrich A. von Hayek lo ha perfeccionado y resumido de la siguiente manera:

> *Este es el hecho fundamental en el que se basa toda la filosofía del individualismo. No supone, como muchas veces se afirma, que el hombre es, o tendría que ser, egoísta o pensar sólo en sí mismo. Simplemente parte del hecho indiscutible de que los límites de nuestro poder de imaginación hacen que sea imposible incluir en nuestra escala de valores más que una parte de las necesidades de toda la sociedad, y puesto que, hablando en sentido estricto, las escalas de valores sólo pueden existir en mentes individuales, no puede existir otra cosa que escalas de valores parciales -escalas que son inevitablemente diferentes y muchas veces contrapuestas unas con otras. A partir de este punto, el individualista concluye que debe permitirse que las personas persigan, dentro de límites definidos, sus propios valores y preferencias y no los de otros; que dentro de estas esferas los fines de los individuos son supremos y no pueden estar sujetos al dictado de otros. Es este reconocimiento del individuo como el último juez de sus fines, la creencia de que dentro de lo que sea posible sus propios puntos de vista son los que deberían gobernar sus acciones, lo que forma la esencia de la posición individualista.*[10]

Podríamos decir, entonces, que el sistema jurídico debe generar leyes que permitan a las personas realizar cualquier acto que no atente contra la vida, libertad o propiedad de terceros.

En un sistema de ley escrita la ley es producida por el congreso o parlamento. El juez se limita a interpretar la ley y aplicarla a casos concretos. Se ha dicho, en cambio, que en un sistema de ley no escrita son los jueces los que legislan con sus fallos. La ventaja que habitualmente se cita a favor de un sistema escrito, o codificado, es que da mayor certidumbre a las partes.

Esta ventaja es falsa porque parte de una premisa errada. En un sistema de ley no escrita no son los jueces los que legislan sino los individuos. No vamos a tratar aquí el caso penal porque está mucho más allá del objetivo de este trabajo. Limitándonos al caso contractual es claro que las que legislan son las partes. Los contratos escritos y los usos y costumbres son los que guían a los jueces. Remitiéndonos al viejo derecho romano: "el contrato es ley entre las partes". El juez sólo tiene que resolver situaciones que no han sido contempladas en los contratos o que se encuentran fuera de los usos y costumbres habituales. En un contrato hay derechos y obligaciones de las partes, y se especifican las penalidades en caso de incumplimiento. También se pueden determinar árbitros en caso de presentarse una disputa entre las partes. Los árbitros no reemplazan a los jueces, son simplemente un intento de solución más rápida a las diferencias que se presenten. Si los contratos están bien redactados -sin dejar puntos oscuros u olvidados- al juez sólo le queda resolver sobre la base de éstos de la misma forma que lo haría en un sistema codificado. La única diferencia es que,

10 Friedrich A. von Hayek, *The Road to Serfdom*, The University of Chicago Press, 1972, p.59.

mientras en un sistema de *common law*, o contractual, la ley la hacen las partes, en un sistema codificado la hacen los legisladores.

En el punto anterior vimos que una de las características fundamentales de la sociedad y del mercado es que no hay manera de conocer toda la información que es necesaria para asignar correctamente los recursos. Que esa información es enorme y cambiante y que es imposible que una persona o grupo de personas puedan acceder a ella en forma completa. En un sistema de ley escrita es imposible que los legisladores piensen todas las alternativas posibles. La ley escrita sólo puede limitar o restringir las condiciones dentro de las que se deben realizar los contratos. La restricción puede ser menor o mayor, pero siempre existe en algún grado. En un sistema de leyes no escritas las partes tienen libertad total de pactar las condiciones que crean más convenientes, siempre que no atenten contra la vida, libertad o propiedad de terceros.

De lo anterior se desprende que no es cierto que un sistema contractual sea más incierto que uno codificado. En realidad es precisamente al revés, una de las cosas que más ha caracterizado al sistema de ley escrita es la inseguridad que genera. Los individuos están continuamente sujetos a cambios de condiciones cada vez que los legisladores, por iniciativa propia o del Poder Ejecutivo, sancionan leyes que cambian las reglas de juego. En un sistema contractual el contrato es ley para las partes y por lo tanto es más seguro y cierto que un sistema de ley escrita, en el que las condiciones del contrato pueden ser alteradas por personas que no están involucradas en la transacción.

Pero, tal vez, el problema más grave es que la "inflación" legislativa coarta cada vez más los contratos voluntarios. Bruno Leoni ha expuesto el punto de la siguiente manera:

> *Aunque la legislación es casi siempre cierta, o sea, precisa y reconocible, mientras esté "vigente", la gente nunca puede estar segura de que la legislación vigente hoy estará vigente mañana o inclusive mañana por la mañana. El sistema legal basado en la legislación, al mismo tiempo que permite que otras personas (los legisladores) puedan interferir con nuestras acciones de todos los días, también incluye la posibilidad de que pueda cambiar todos los días la manera de intervenir. En consecuencia, las personas no sólo están impedidas de decidir libremente qué hacer, sino que además no pueden prever los efectos legales de su comportamiento cotidiano.*[11]

Se ha dicho con acierto que la ley debe ser al mismo tiempo estable y cambiante, lo cual, obviamente, suena en primera instancia incompatible. "La continuidad y el cambio son los atributos esenciales de un sistema legal".[12] Según el conocido jurista Arthur R. Hogue: "El abogado sabe que la permanencia y la estabilidad deben dar paso a las presiones de la sociedad."[13]

La continuidad y el cambio de la ley son fundamentales para la eficiencia económica. Ya vimos que la eficiencia económica consiste en producir la mayor cantidad de bienes y servicios considerados prioritarios por los individuos dentro de sus escalas de preferencias. Pero también vimos que para lograr esto se requería tanta información que era imposible que una persona o grupo de personas pudieran reunir toda la necesaria. También vimos que la información necesaria para lograr la eficiencia económica no sólo es enorme sino además cambiante. Y concluimos que el mercado logra la eficiencia económica porque los empresarios, al querer maximizar ganancias, se ven forzados a producir, al menor costo posible, los bienes y servicios que las personas consideran prioritarios. Un empresario que produce bienes o servicios que la gente no quiere o no puede demandar, o que produce a costos muy altos, tendrá pérdidas y será eliminado del mercado. En un mercado libre sólo permanecen los empresarios eficientes, el resto es eliminado a fuerza de pérdidas.

Para lograr la eficiencia los empresarios necesitan flexibilidad para reasignar los recursos productivos a la mayor velocidad posible. Esto implica poder entrar y salir de los mercados en forma rápida y segura. Los consumidores, por su parte, tienen que poder elegir libremente qué y cuánto comprar. Todo esto requiere de un sistema jurídico que genere leyes que sean al mismo tiempo estables y cambiantes o flexibles.

Si las leyes no son estables, se crea incertidumbre, lo que da lugar a inseguridad jurídica y económica. En un país donde existe inseguridad jurídica las inversiones se retraen. Esto se debe a que cuando un empresario decide

11 Bruno Leoni, *Freedom and the Law*, Nash Publishing, 1972, p.8.
12 Guido Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, Harvard University Press, 1982, p.3
13 Arthur R. Hogue, *Origins of the Common Law*, Liberty Press 1984, p.10

invertir realiza una evaluación de proyectos. Toda evaluación de proyectos está asociada a una tasa de rentabilidad y a un riego. La tasa de rentabilidad surge de computar los ingresos y costos esperados de la inversión a lo largo del tiempo. El riego puede ser de dos tipos: (1) empresarial y (2) político o jurídico. El riesgo empresarial tiene que ver con las estimaciones de mercado y costos que haya estimado el empresario cuando realizó la evaluación del proyecto. Puede equivocarse sobreestimando la cantidad de unidades que va a vender, sobreestimando el precio, estimando mal los tiempos o calculando mal los costos. Para lograr la eficiencia económica el riesgo empresario; debe ser del empresario, el Estado no debería estar garantizando rentabilidades o mercados a las empresas. Garantizar la rentabilidad de una empresa significa subsidiarla en casos de que tenga pérdidas, y el subsidio siempre lo paga alguien.

El riesgo político o jurídico proviene de los cambios en las *condiciones* o reglas de juego. Este riesgo no sólo puede ser eliminado, sino que "debe" ser eliminado. Con leyes cambiantes, tanto la propiedad como las tasas de rentabilidad se ven sometidas a un mayor riesgo. Cuando el riesgo crece, la inversión se retrae o el inversionista requiere una tasa de rentabilidad superior del proyecto. Este fenómeno se puede observar con gran claridad en los llamados capitales golondrina. Durante muchos años Suiza y los bancos suizos han garantizado seguridad total a los depósitos; como consecuencia, este país se ha transformado en un receptor de capitales de todo el mundo. Por el contrario, los países del Tercer Mundo se han caracterizado por su gran inestabilidad política y jurídica, y, en consecuencia, se han transformado en exportadores de capitales. Obsérvese cómo cuando se pone en marcha un plan económico que promete cierta estabilidad se produce ingreso de capitales. Si el sistema jurídico brindara mayores seguridades, los capitales que ingresarían serían muy superiores y de más largo plazo. A igual tasa de rentabilidad, un menor riesgo jurídico y político incrementa las inversiones.

De todas maneras vale la pena aclarar que un sistema legal de leyes estables no dará, por sí mismo, lugar a eficiencia económica si esas leyes estables son negativas para la inversión productiva. Por ejemplo, una ley de precios máximos podrá ser estable en el tiempo pero ahuyentará las inversiones. Una ley que otorga el monopolio a una empresa podrá, también, ser muy estable, pero impide la competencia y, por lo tanto, la eficiencia económica; los consumidores tendrán que comprar bienes de mala calidad a un mayor precio. La cantidad de necesidades que podrán satisfacer de su escala de preferencias será menor; por lo tanto no habrá eficiencia económica.

Sin embargo, los mercados son cambiantes; los consumidores alteran sus gustos y preferencias continuamente. Los usos y costumbres van cambiando en la sociedad haciendo aceptables cosas que antes no lo eran y viceversa. En los Estados Unidos, por ejemplo, se está haciendo una costumbre muy generalizada no permitir fumar en los restaurantes y lugar cerrados. Pero, por sobre todas las cosas, los inventos y avances tecnológicos van presentando nuevos problemas jurídicos. Para mencionar los casos más conocidos, el invento del avión, el telégrafo, la telecomunicación por cable o celular, las ondas de radio y televisión, el fax, la ingeniería genética, etc. presentan nuevos problemas de definición de derechos de propiedad que requieren de leyes actualizadas.

No se puede decir que, en el caso de Latinoamérica, la ley escrita haya creado seguridad jurídica, por el contrario ha creado una gran inseguridad. Tampoco la ley escrita ha logrado seguridad en los países desarrollados. Esto se debió tanto al contenido de las leyes, que desalentaban o prohibían la inversión, como a los cambios continuos de condiciones. El sistema financiero, que es tan importante para la producción, se ha visto continuamente sujeto a cambios en las reglas de juego. Los bancos fueron nacionalizados y desnacionalizados varias veces. Los encajes bancarios son modificados continuamente. Los bancos centrales producen tantas regulaciones que se han transformado en un órgano legislativo adicional para el sistema financiero. Los mercados cambiarios han pasado por una gran cantidad de modalidades. Como ha señalado Bruno Leoni:

> *La legislación puede tener y en realidad tiene hoy en muchos casos un efecto negativo sobre la misma eficacia de las reglas y sobre la homogeneidad de los sentimientos y convicciones que ya están prevaleciendo en una sociedad determinada. Porque la legislación puede también deliberada o accidentalmente romper la homogeneidad al destruir las reglas establecidas y hacer nulos los convenios y acuerdos existentes que hasta ese momento han sido voluntariamente aceptados y respetados. Mucho más perjudicial es el hecho de que la misma posibilidad de anular los acuerdos y convenio por la legislación futura tiende, en el largo plazo, a inducir a la gente a desconfiar*

de los convenios existentes o a no respetar un convenio voluntariamente aceptado.[14]

La regla de oro para compatibilizar la aparente incongruencia entre leyes estables e inseguridad es la siguiente: *las leyes deben* adaptarse *a los cambios y* no generar *los cambios*. Esta es la gran ventaja del *common law* o de un sistema jurídico contractual y fue la del antiguo derecho romano[15]. El contrato es ley para las partes, por lo tanto es estable mientras esté en vigencia, y las partes lo pueden cambiar de común acuerdo si las circunstancias lo requieren y las condiciones del contrato lo permiten. Se puede decir que en un sistema de contractual la ley se hace a medida para cada ciudadano, porque es él mismo el que la está generando. De esta manera los contratos, es decir las leyes, se van adaptando a los cambios en lugar de generarlos. Un sistema contractual produce leyes mucho más precisas en condiciones y tiempos de un sistema de leyes escritas. Los cambios en las leyes no generan incertidumbre cuando son *la consecuencia y no la causa* de los cambios sociales.

De todas maneras, si bien un sistema contractual permite que las leyes sean cambiantes, el sistema tiene algo de permanente que le da solidez y mayor certidumbre. Lo permanente son los principios generales que los jueces deben utilizar para resolver las disputas. Estos principios juegan el papel de una Constitución. El antiguo derecho romano fue generando paulatinamente esto principios, que luego fueron recogidos por el *common law* inglés, entre los que sobresalen:

(a) Nadie puede dar a otro lo que no posee *(nemo dat qui non habet)*.

(b) Nadie puede ser obligado a vender su propiedad, ni siquiera por un justo precio *(nemo cogitur rem suam vendere, etiam justo pretio)*.

(c) Nadie debe beneficiarse a costa de otro *(nemo debet aliena jactua locupietari)*.

(d) Nadie debe inmiscuirse en algo que no le concierne *(nemo debet immiscere se rei ad se nihil pertinenti)*.

(e) Nadie debería perder su propiedad sin que medie acto u omisión de su parte *(nemo debet rem suam facto aut defecto suo amittere)*.

(f) Nadie está por encima de la ley *(nemo est supra leges)*.

(g) Nadie debería cargar con las consecuencias de actos de terceros *(nemo ex alterius facto pregravari debet)*.

(h) Nadie puede transferir a otro mejor derecho que el que él mismo posee *(nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet)*.

(i) Nadie puede hacer a través de otro lo que no puede hacer por sí mismo *(nemo potest facere per alium quod per se non potest)*.

(j) Nadie puede hacer indirectamente lo que no puede hacer directamente *(nemo potest facere per obliquum quod non potest facere per directum)*.

(k) Nadie puede hacer algo a menos que sea de forma legal *(nemo potest nisi quod de jure potest)*.

(l) A nadie puede prohibírsele dedicarse a las distintas clases de negocios o de artes *(nemo prohibetur plures negotiationes sive artes exercere)*.

(m) No se considera que alguien esté causando un daño a menos que esté haciendo algo para lo que no tenga derecho *(nemo damnum facit, nisi qui id fecu quod facere jus non habet)*.[16]

Estos principios son permanentes o, si se quiere, van ganando en precisión; son los que los jueces deben utilizar y "descubrir" para resolver los casos que se les presentan. Los contratos deben estar sujetos a estos principios generales que no pueden ser cambiados. *Lo único per-*

14 Bruno Leoni, op. cit., p.17. Inclusive podríamos retroceder a Adam Smith; "El esfuerzo natural de todo individuo para mejorar su propia condición, cuando se puede ejercer con libertad y seguridad, es un principio tan poderoso, que es capaz por sí mismo, y sin ninguna ayuda, no sólo capaz de llevar a la sociedad hacia la riqueza y la prosperidad, sino además de superar cientos de obstrucciones impertinentes con la que la tontería de las leyes humanas tan frecuentemente estorba su funcionamiento; debido a que el efecto de estas obstrucciones es siempre en mayor o menor medida inmiscuirse en su libertad, o disminuir su seguridad. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Liberty Classics, 1981.

15 El mismo Cicerón sostenía: "...nuestro Estado... no fue el resultado de la inteligencia de un sólo hombre sino el de muchos hombres, no fue el resultado de la vida de un hombre sino el de muchos siglos y períodos. La inteligencia nunca ha sido tan profunda como para permitir que a cualquier hombre de cualquier tiempo se le escape algún detalle; ni tampoco, si toda la inteligencia estuviera concentrada en un sólo hombre, podría el tener tanta agudeza como para abarcar todas las cosas en un momento; lo que se necesita es de la experiencia real evolucionando a lo largo de los tiempos", citado por R.H. Barrow, *The Romans*, Pelican Books, 1976, p.43

16 *Black's Law Dictionary*, pp. 934-936.

manente son los criterios para resolver disputas. Los contratos, es decir, la ley, pueden modificarse respetando estos principios.

En un sistema jurídico contractual los jueces no tienen el poder de legislar (al menos totalmente) como generalmente se cree. Ellos tienen que resolver las disputas en base a los contratos escritos o en base a los usos y costumbres. Ni los contratos ni los usos y costumbres son hechos por los jueces. La diferencia entre un sistema de ley escrita y uno de ley no escrita es que en el primero los jueces tiene que interpretar lo que los legisladores escribieron, en el segundo tienen que interpretar lo que las partes acordaron.

Por otra parte existe una serie de mecanismos para poner límites a las posibles arbitrariedades de los jueces. Si los juicios son orales y públicos el juez, o los jueces, se verán presionado a decir sobre la base de los criterios "objetivos" mencionados arriba. Adam Smith se refirió al tema de la siguiente manera:

> *En Roma, los principales tribunales de justicia tenían uno o pocos jueces y, puesto que siempre deliberaban en público, su reputación quedaba afectada por una decisión injusta. En los casos dudosos, estos tribunales, en su afán por evitad la adversa censura de que pudieran ser objeto, trataban de protegerse aduciendo el ejemplo o el precedente de otros jueces. Esta atención conferida a la práctica y al precedente fue integrando la ley romana en un sistema regular ordenado tal como nos ha sido transmitido.* [17]

La acción legisladora de los jueces se limita a resolver puntos que no fueron contemplados en un contrato, o que fueron establecidos en forma ambigua. Y aun en estos casos tendrán que decidir en base a los usos y costumbres del lugar. Las decisiones de los jueces en estos puntos sientan precedentes a ser tenidos en cuenta en casos similares en el futuro. Esto va generando expectativas en los ciudadanos respecto de sus acciones futuras; ellos van aprendiendo qué es lo que pueden o no pueden hacer.

Obviamente, los jueces son hombres y como tales pueden equivocarse o estar influidos por cuestiones ideológicas en sus decisiones, pero lo mismo le ocurre a cualquier legislador. La ventaja de un sistema contractual es que la decisión de un juez puede ser revertida por otros jueces en forma más rápida que en el caso de la ley escrita, donde hay que esperar que se sancione su inconstitucionalidad y aún así, en algunos sistemas, esta sanción es válida para ese caso particular. Podríamos agregar, siguiendo a Bruno Leoni, que tampoco hace falta una corte suprema. Las decisiones de una corte suprema implica legislar, las instancias inferiores están sometidas a sus decisiones. Es preferible varias instancias del mismo nivel, quedando preestablecido que si hubo "empate" en los dos primeros juicios, el tercero es el que decide.

En la práctica el *common law* inglés no fue lo suficientemente eficiente como para frenar el avance del Estado sobre los derechos individuales de los ingleses. Luego de la Primera Guerra Mundial la legislación de *Welfare State* se apoderó de Inglaterra, que pasó, con el tiempo, de ser un imperio a ser uno de los países más pobres de Europa. La transformación del sistema legal convirtió a una de las economías más eficientes del mundo en una de las más ineficientes.

Lo que sí se puede decir es que: a igualdad de circunstancias, el *common law* se adapta mejor que un sistema de leyes escritas a las cambiantes circunstancias de la sociedad. El sistema ha probado gran eficiencia en Inglaterra y en los Estados Unidos aun cuando, en realidad, en mayor o menor medida en ambos casos se trata de una mezcla de ambos sistemas. Por último cabe recordar que Roma alcanzó su esplendor cuando no tenía leyes escritas.[18] Tal vez el legado de mayor importancia que nos ha dejado la Antigüedad es el Derecho Romano. En especial es de interés el *ius gentium*, que era administrativo por el *praetor peregrinus* a partir del año 242 a.C. El *ius gentium* es el padre del *common law*; regía las relaciones entre los ciudadanos romanos y los extranjeros, y no tenía leyes escritas. El *ius civile* era administrado por el *praetor urbanus* a partir del año 367 a.C. El *ius gentium* terminó generando leyes más amplias y equitativas que el *ius civile*.

17 Adam Smith, *op. cit.*, p. 399-400.

18 Para un análisis detallado de la descentralización que había en Roma ver M. Rostovtzeff, *Historia social y económica del Imperio Romano*, Espasa-Calpe S.A. 1972. El inspirador de la constitución argentina, Juan Bautista Alberdi, señaló: "El derecho no se da a conocer en formas legales, en reglas abstractas, en axiomas filosóficos, en preceptos escritos, sino bajo la lengua de las imágenes, [...] por señales profundamente significativas para el pueblo que las practica. Y estos actos, estos usos, estas costumbres alegóricas son toda y única expresión del mercado [...] Tres siglos antes de que Roma hubiese escrito sus leyes, se había gobernado por meras creencias religiosas y costumbres simbólicas que fueron el fundamento de su primera legislación", *Obras completas*, Tomo I, p.170.

Las ventajas eran tan claras que cuando en el año 89 a.C. todos los italianos fueron hechos ciudadanos romanos el *ius gentium* fue eliminando paulatinamente al *ius civile*. El reemplazo se terminó de concretar en el siglo II y III. Esto es un hecho histórico claro que mostró la superioridad del sistema no escrito sobre el escrito.

El sistema de ley escrita aumenta su peligro cuando empieza a predominar el criterio del positivismo jurídico. Como dice Bruno Leoni, la consecuencia más importante del positivismo jurídico es que la gente se acostumbra a concebir la ley como *ley escrita*, o sea como una serie de promulgaciones que parten de los cuerpos legislativos según la regla de la mayoría.[19] El positivismo jurídico fue expuesto modernamente por Hans Kelsen, quien resume la idea diciendo que el Estado no es otra cosa que el orden legal. Se podría decir que la gran diferencia entre la ley escrita y el common law es que en la primera la ley la hace el Estado sobre la base de algún criterio de fuentes del mercado, mientras que en el segundo la haeen los hombres día a día con sus acciones. En ambos casos el juez solamente se limita a interpretar.

Cuando los hombres no pueden realizar contratos con el máximo de libertad no se logra, por definición, la eficiencia económica. Si la ley no es pareja para todos, unos ganan a costa de otros. Parece haber una regla de oro para garantizar que la ley sea pareja para todos; para que unos no ganen a costa de otros. Confusio la enunció así: "No hagas a los demás lo que no quieres que te hagan a ti". Immanuel Kant de este modo: "Actúa siempre pensando al mismo tiempo qué ocurriría si tu acción se pudiera generalizar". Francois Bastiat decía: "No le podemos dar al Estado derechos que no tenemos". Dentro de los principios del *common law* que citamos más arriba tenemos que: "nadie puede hacer en forma directa lo que no puede hacer en forma indirecta".

Cuando opera un sistema de *common law*, o contractual, nadie puede celebrar un contrato que atente contra la vida, la libertad o la propiedad de terceros. Sin embargo, bajo un sistema de ley escrita esto es posible y se podría decir que casi inevitable. Veamos dos ejemplos: (1) si un grupo de empresarios contrata a hombres armados para que por la fuerza impidan que la gente les compre a otros empresarios, esto es evidentemente injusto, y todos lo condenarían. Pero si los mismos empresarios convencen a los legisladores de que limiten la competencia, entonces lo que era ilegal se convierte en legal. En este caso un grupo de empresarios está haciendo en forma indirecta lo que no puede hacer en forma directa. Le está concediendo al Estado un derecho que no tiene (según Bastiat). (2) Si un grupo de sindicalistas contrata a hombres armados para que esperen a los trabajadores a la salida de las fábricas para quitarles por la fuerza un 5% de su sueldo, también se vería esto acto como injusto e ilegal. Pero si los sindicatos convencen a los legisladores de que sancione una ley que obligue a los empresarios a retenerles a los trabajadores un 5% de su sueldo para luego depositarlo en sus cuentas bancarias, el acto se convierte en "legal". Como dijo Herbert Spencer:

> *Y ahora llegamos al fondo de la cuestión. El derecho divino del Parlamento implica el derecho divino de las mayorías. La suposición básica de que parten tanto los legisladores como las personas es que la mayoría tiene facultades ilimitadas. Esta es una creencia generalizada, que todos aceptamos sin pruebas, como una verdad evidente en sí misma.*[20]

Son muchos los motivos por los cuales los legisladores sancionan leyes, pero uno de los más influyentes es que existen determinadas condiciones que permiten que se favorezcan los intereses de los grupos políticamente organizados a costa del resto de la sociedad. Es habitual la presión que ejercen algunos grupos sobre los legisladores para que impulsen leyes en su propio beneficio (empresarios que piden barreras de entrada internas o

19 Bruno Leoni, *op. cit.*, p.148.

20 H. Spencer, *The Man versus the State*, Liberty Press, 1981, p.129. Por su parte John S. Mill concluía: "...Uno de los peligros más grandes de la democracia (y de todas las formas de gobierno) consiste en los intereses egoístas de los que poseen el poder: este peligro es el de una legislación de clase, de un gobierno que busque (sea que lo consiga, sea que sucumba en la empresa) el provecho inmediato de la clase dominante en detrimento de la masa. Y lo primero que debe atenderse cuando se determina la mejor constitución del gobierno representativo es precaverse contra este mal", en *Libertad, gobierno representativo y la esclavitud femenina*, Editorial Tecnos, 1965, pp. 225-226. También Lord Acton sostenía: "El peor mal que ha invadido a la democracia es la tiranía de la mayoría, o, mejor dicho, del partido -que no siempre constituye la mayoría- que triunfa en las elecciones, por la fuerza o por fraude, *Essays in the History of Liberty, Selected Writings of Lord Acton*, Liberty Press, 1985, p.83. Y se podría retroceder hasta Aristóteles que escribió: "...en las democracias en que gobierna la ley, no hay demagogia, sino que corre a cargo de los ciudadanos más respetados la dirección de los negocios. Los demagogos sólo aparecen allí donde la ley ha perdido la soberanía... Tan pronto como el pueblo es monarca, pretende obrar como tal, porque sacude el yugo de la ley y se hace déspota, y desde entonces los aduladores del pueblo tienen un gran partido. Esta democracia es, en su género, lo que la tiranía es respecto del monarca. En ambos casos encontramos lo mismo vicios, la misma opresión de los buenos ciudadanos; en el uno mediante las decisiones populares' en el otro, mediante las órdenes arbitrarias", Aristóteles, *Obras Completas*, Bibliográfica Omeba, 1967, Vol I, pp. 692-93

externas a los mercados, dirigentes sindicales que solicitan la afiliación obligatoria, inquilinos que presionan por leyes de alquileres, etc.). Estos grupos intentan convertir en "legal" lo que sería ilegal si lo hicieran ellos mismos. Mientras la gente crea que la ley la hacen los legisladores, la democracia termina siendo un sistema mediante el cual los ganadores de una elección se hallan en posición "legal" de despojar a los perdedores.

En realidad, como bien dice Leonard E. Read, la misma palabra "gobierno" no es correcta para reflejar las funciones del Estado. Los funcionarios del Estado, ya sea el presidente o los legisladores, no cumplen la función de gobernar, sino la de cuidar la libertad, la vida y la propiedad de las personas. En una sociedad libre cada persona se gobierna a sí misma. Nadie puede obligar a otro a actuar en contra de su voluntad, ya que esto sería una relación hegemónica, no voluntaria, y, por ende, incompatible con una sociedad libre.

Uno de los grandes problemas de un sistema de ley escrita es dar lugar a la arbitrariedad, ya que distintos grupos de presión pueden "convencer" a los legisladores de que sancionen leyes que les convengan. De esta manera el Estado, en lugar de administrar justicia, comienza a favorecer a una de las partes. Como dice Hayek:

> *Al darle al gobierno poderes ilimitados, la regla más arbitraria puede convertirse en legal, y de esta manera una democracia puede dar lugar al despotismo más completo que se pueda imaginar.*[21]

A una conclusión similar llegó F. Bastiat:

> *Está en la naturaleza de los hombres el reaccionar contra la iniquidad de que sean víctimas. Así pues, cuando la expoliación está organizada por la ley, en beneficio de las clases que la dictan, todas las clases expoliadas tieden por vías pacíficas o revolucionarias a tener alguna participación en la confección de las leyes. Tales clases, según sea el grado de esclarecimiento a que hayan llegado, pueden proponerse dos finalidades muy diferentes al perseguir la conquista de sus derechos políticos: o quieren hacer cesar la expoliación legal, o aspiran a participar en dicha expoliación.*

¡Desgraciadas, tres veces desgraciadas las naciones en las cuales sea aquel último pensamiento el que predomine en las masas, en el momento en que a su vez se apoderen de la facultad de legislar![22]

El gran problema de nuestra era, en materia de sistemas jurídicos, es que el derecho escrito ha dado lugar a una inflación legislativa. Cuando esto ocurre el Estado de Derecho, o el imperio de la ley *(the rule of law)*, desaparece. Pero el Estado de Derecho es una condición esencial para la eficiencia económica. Se podría decir que eficiencia económica y Estado de Derecho son como dos caras de una misma moneda. Lo opuesto al Estado de Derecho es el poder arbitrario del Estado. Albert Venn Dicey lo ha expuesto de la siguiente manera:

> *[el Estado de Derecho] significa, en primer lugar, la supremacía o predominio absoluto de una ley regular, que es lo opuesto a la influencia del poder arbitrario, el Estado de Derecho excluye la existencia de la arbitrariedad, de la prerrogativa o, inclusive, de una autoridad ampliamente discrecional por parte del gobierno.*[23]

En un Estado de Derecho el gobierno no puede interferir con acciones *ad hoc* en los planes individuales. Los individuos son libres de perseguir sus propios fines (siempre sin violar derechos de terceros) con la plena confianza de que el gobierno no frustrará sus intentos. Como dijimos más arriba, las leyes deben crear las *condiciones* que permitan alcanzar el máximo bienestar a las personas, dentro de las cuales está incluida la eficiencia económica. Hayek sostiene que estas *condiciones* consisten en leyes generales, pues las leyes nunca pueden ser específicas. Cuando las leyes son específicas se abandona el principio fundamental de que todos los hombres son iguales ante la ley. Las leyes específicas benefician a unos a costa de otros, y esto es contrario a la eficiencia económica. Dice Hayek:

> *Las reglas generales, las leyes genuinas a diferencia, de las órdenes específicas,*

21 F.A. von Hayek, *The Road to Serfdom*, p. 83. Obviamente el caso de A. Hitler, en Alemania constituye uno de los mejores ejemplos de lo que Hayek quiere decir. Cuando rige un Estado de Derecho el gobierno no puede ser arbitrario.
22 F. Bastiat, *La ley*, Centro de estudios sobre la Libertad, 1967, p. 16.
23 A.V. Dicey, *The Law of the Constitution*, Liberty Classics, 1982, p. 120.

deben, por lo tanto, perseguir el propósito de operar en circunstancias que no pueden ser previstas en detalle, y, por lo tanto, sus efectos en los fines particulares de la gente no pueden conocerse de antemano. Es sólo en este sentido que es posible que el legislador sea imparcial. Ser imparcial significa no tener respuesta a ciertas preguntas -a la clase de preguntas que, si tuviésemos que responder, tendríamos que lanzar una moneda al aire. [24]

En Argentina, Juan Bautista Alberdi ha hecho referencia muy explícita al problema de la legislación. Alberdi se ha quejado de la cantidad de artículos que contiene el *Código Civil* de Vélez Sarsfield (se respeta la ortografía de la época):

Si hay un código en el mundo que necesita tener una numeración común á todos sus artículos, es el código del doctor Velez, por la simple razón de ser el código mas largo del mundo. Pero por esta razón justamente ha creído conveniente su redactor no numerarlo, pues numerarlo era lo mismo que hacer saber que contiene cuatro mil veinte y ocho artículos, que hemos tenido la paciencia de contar y numerar.
El código argentino que tenía que legislar un país naciente y diminuto relativamente en puntos de legislación, atendido á que representa la 25a parte de la Francia, en población y en intereses, es decir, en personas y cosas, -ha necesitado contener, según el doctor Velez, nada menos que cuatro mil veinte y ocho artículos, y mas de tres mil citas y comentarios oficiales y auténticos, en virtud de los cuales no hay autor conocido del derecho civil, que no haya prestado su concurso á la formación de la ley civil argentina...
El código civil de la República Argentina, trabajado por el doctor Velez, tiene cuatro mil veinte y ocho artículos.
El código civil francés tiene solo dos mil doscientos ochenta y uno.
El código civil de Chile, tiene dos mil quinientos.
El código de Luisiana tiene dos mil cuatro cientos quince artículos.
El de Haití, dos mil cuarenta y siete.
El de procedimientos francés -mil cuarenta y dos.
No hay código moderno mas largo que el del doctor Velez.[25]

Los filósofos escoceses Davi Hume, Adam Smith, Adam Ferguson, Francis Bacon, han señalado el carácter evolutivo de las leyes. El mismo pensamiento lo encontramos en el autor francés Alexis de Tocqueville en su libro *La democracia en América*. Modernamente Hayek ha desarrollado y profundizado el pensamiento de los escoceses[26]. La idea de que las leyes son de carácter evolutivo está muy vinculada al concepto de *common law* y al nacimiento del Derecho Romano, y tiene su fundamentación en la dispersión del conocimiento que vimos en el punto sobre la eficiencia económica. La idea fundamental es que no hay una mente humana que *invente* las leyes. Las leyes, como ya dijimos, son la *consecuencia* de las interrelaciones de los hombres en la vida social. Alberdi también tenía claro este importante punto:

La sociología ó ciencia social, es sin embargo, toda la base de la legislación civil ó social, pues no es otra cosa el código civil que el código social de un país.
Si las reformas civiles en el Plata partieran del estudio de la sociología, la idea de un código, es decir, de la sanción simultánea de cuatro mil veinte y ocho artículos de una Ley, en que ese código consiste, no habría venido á la mente de sus autores ó promotores.
Siendo la sociedad, como su legislación, el producto de una evolución natural, como lo es todo organismo animado, tanto individual como social, el cual se produce a través de la vida entera del país, un código no puede ser sino el resumen y última palabra reglamentaria de la vida entera de una sociedad; jamás el programa de su indefinible é indefinido porvenir.
Eso fueron los códigos romanos, que el mundo ha copiado mas tarde, como modelos; fueron el testamento de la sociedad romana, no el punto de partida, no el

24 F.A. von Hayek, *The Road to Serfdom*, p. 76.
25 Juan B. Alberdi, *Escritos Póstumos de J.B. Alberdi*, Imp. Cruz Hermanos, 1899, Tomo VIII, pp. 30-32
26 Ver F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, The University of Chicago Press, 1973

programa de su vida imposible de prever en el curso que su desarrollo recibió del medio y de las influencias bajo las cuales se produjo...
Dar de un golpe toda la legislación social, á una sociedad que empieza á existir, cuando ni el nombre de la ciencia sociológica, ó ciencia de la sociedad, es conocido, ni sospechada la existencia de tal ciencia, es cometer el americanismo mas candoroso y ridículo de que pueda presentar un ejemplo la comedia del gobierno libre.
El día que esta ciencia, que tantos progresos hace en este instante en dos países libres y civilizados, cuya legislación civil no está ni ha sido jamás codificada, -la Inglaterra y los Estados Unidos, - empiece á ser objeto de estudios especiales en las Repúblicas de la América del Sud, el arrepentimiento ha de confundir á los descendientes de los que dieron empíricamente, como programas obligatorios del curso y plan en que se ha de desarrollar su sociedad, los códigos ó compilaciones de las leyes que la sociedad romana les dio al través de su evolución de diez siglos que abrazó su existencia.
La república ha empezado por el fin.[27]

Como se puede ver, el autor de la constitución argentina tenía un buen conocimiento acerca del funcionamiento de la economía y asociaba el origen de las leyes jurídicas al funcionamiento de las leyes del mercado: ellas no son el resultado del "invento" humano sino del "descubrimiento" humano. Cuando hablamos de eficiencia económica, vimos que la información necesaria para poder asignar eficientemente los recursos productivos es tan grande que no hay una persona o grupo de personas que pueda llegar a concentrarla. Vimos que es el sistema de precios el único que puede coordinar todo el conocimiento disperso o atomizado que hay en la sociedad. Los precios surgen de relaciones voluntarias entre las personas, son siempre el resultado de un contrato. El problema es que no hay ley hecha por los hombres que pueda contemplar semejante cantidad de detalles.

La Constitución argentina es un buen ejemplo de ley de carácter general. El artículo 14, en especial, es un buen ejemplo de lo que dice Alberdi y Hayek, o sea leyes cuyos resultados específicos no se pueden predecir. La Constitución reconoce el derecho *previo* de los individuos a comerciar, pero, sabiamente, no está diciendo qué, cómo, cuándo, o dónde deben comerciar. Los resultados concretos dependen de lo que efectivamente hagan las personas sobre la base de contratos voluntarios.

Cuando el sistema legal desarrolla leyes que no permiten contratos voluntarios las personas se ven obligadas a hacer las cosas en forma distinta de la que las hubiesen hecho en otras circunstancias. Cuando los contratos no son el resultado de acciones voluntarias hay alguien que pierde y alguien que gana. Alguna de las partes tendrá un costo superior. La gran ventaja de un sistema contractual es que permite el mayor grado de libertad en las contrataciones y, por lo tanto, es más flexible para adaptarse a las cambiantes circunstancias del mercado, facilitando enormemente la eficiencia económica.

IV. CONCLUSIONES

Eficiencia económica y sistema jurídico son dos caras de una misma moneda. La eficiencia económica es el resultado de contrataciones voluntarias, donde no existe coerción de ninguna de las partes sobre la otra. La contratación, por su parte, requiere de la existencia de la propiedad privada. Sin propiedad privada el intercambio es imposible. Como vimos en la segunda parte, el intercambio genera precios y los precios son las "guías" de la producción. Los empresarios son guiados por los precios de mercado a producir aquellos bienes y servicios que son más urgentemente necesitados por la población.

La función del Estado es velar por la vida, la libertad y la propiedad de las personas. En la medida en que estas tres cosas sean respetadas, se asegura la libertad de contratación, por lo tanto la formación de precios y de este modo, la eficiencia económica. El sistema jurídico es un punto clave en todo este proceso. Sistema jurídico contractual y libertad económica son dos caras de una misma moneda.

Juan C. Cachanosky

NOTA: El presente artículo se publica con permiso de su autor y en nada supone la concesión de una licencia o cesión de derechos de autor.

27 Juan B. Alberdi, *op.cit.*, pp. 35-37

UNIVERSIDAD FRANCISCO MARROQUIN GUATEMALA C. A. REVISTAS

PRIVATIZACION, MERCANTILISMO Y CAPITALISMO POPULAR

El programa de desincorporación de empresas paraestatales en México ha contribuido un 11.3% del proceso global de privatizaciones en los últimos doce años. La actual administración de Carlos Salinas de Gortari ha ampliado el programa a casi todos los sectores de la estructura económica, incluyendo áreas antes consideradas "intocables", como siderúrgica, infraestructura, seguros y pensiones, telecomunicaciones, la banca comercial, televisión y radio, puertos y aeropuertos, agua, desarrollo minero, fertilizantes, el sistema agrícola, y mucho más. El gobierno ha desincorporado un total de 909 entidades, lo que significa una reducción neta de empresas estatales, de 1,115 a 206 en tan sólo once años.

Sin embargo, una de las contradicciones más sobresalientes del proceso privatizador mexicano es que, a pesar del favorable impacto macroeconómico del redimensionamiento del aparato estatal, la privatización sufre mala reputación en los principales círculos de opinión pública. La imagen social es que el proceso ha funcionado como un mecanismo que ha permitido enriquecer a un puñado de altos empresarios a costa del resto de la sociedad.

Este descontento popular refleja una estrategia deficiente en materia de mercadología política sobre los diversos beneficios de la privatización. La fórmula privatizadora no es una panacea; es sin embargo, un requisito indispensable para lograr la recuperación de la economía. Es decir, es una condición necesaria, más no suficiente, para consolidar las bases del crecimiento sano y sostenido. La estrategia en México ha sido insuficiente en la medida que la privatización no se ha utilizado como un mecanismo más allá de la racionalización financiera y ajuste fiscal de las finanzas públicas. Un punto de capital importancia para futuros prospectos en esta materia es si la política de privatización se puede re-orientar en base a prioridades de diversificación de propiedad sobre los requerimientos de saneamiento fiscal. Los debates alrededor de la viabilidad de liberalizar los sectores "estratégicos" en manos del Estado tendrán que incorporar esta faceta de privatización para traducirse en alternativas realizables, con apoyo popular.

Los principios de la privatización bien estructurada brindan gran importancia a las estrategias para utilizar el proceso como un medio de acceso universal a la propiedad de los principales medios de producción. Esa estrategia de "democratización económica" ha permitido a países tan diversos como Chile, Malaysia e Inglaterra, generar un fuerte apoyo popular a favor de las políticas de privatización en la mayoría de los sectores sociales. Desafortunadamente, este aspecto de privatización bien estructurada no ha desempeñado un papel importante en el programa mexicano. La motivación original del proceso de desincorporación era, y sigue siendo, la "reestructuración" del sector público y la "racionalización" de la participación estatal en el entorno macroeconómico. En otras palabras, la enajenación de empresas estatales se concibió como una medida coyuntural para ordenar el manejo de las finanzas públicas.

La eficiencia y la competencia en los mercados tomaron lugar secundario. Por consiguiente, la tendencia ha sido retirar la injerencia estatal en sectores no estratégicos, con el fin de concentrar las actividades del gobierno en las áreas estratégicas y prioritarias (petróleo, electricidad, transporte ferroviario, etc.). Sin embargo, este argumento está basado en una premisa incongruente: la privatización se ha desarrollado en sectores menos importantes, no con el fin de introducir nuevos criterios de manejo empresarial en un ambiente de competencia, sino con el fin de *¡fortalecer la presencia del Estado en los sectores más importantes de la economía!*

Esta combinación de reforma estructural y manejo centralizado de los recursos económicos refleja la ausencia de un marco conceptual adecuado para las diversas iniciativas de privatización. El Centro de Privatización en Washington D.C. sostiene que existen cuatro condiciones esenciales para asegurar el éxito de un programa de privatización: (1) un firme compromiso por parte del gobierno; (2) la venta de activos a precios "razonables", con potencial para lograr una rápida recuperación de la inversión; (3) una estrategia creativa para neutralizar fuerzas opositoras, (4) un programa de expansión del capital para democratizar la riqueza entre un amplio segmento de

la población. El actual programa de desincorporación cumple con tan sólo la primera de estas cuatro condiciones. El resultado ha sido una política privatizadora con dimensiones mercantilistas, eminentemente favoritista hacia sectores empresariales de alto rango económico.

A pesar del renombre mundial que disfruta el programa de desincorporación de empresas estatales, un importante número de casos en México demuestra que el actual proceso no cumple con los requisitos de privatización exitosa. El aspecto más sobresaliente es la ausencia de una estrategia "popular" para diversificar la estructura accionaria de las empresas entre una población extendida. Esto a su vez, se debe a la prioridad de utilizar la privatización como un mecanismo de ajuste financiero en las finanzas públicas, no de diversificación de propiedad entre un sector significativo de la población.

Un buen ejemplo que tipifica la intransigencia fiscal de recuperar altos recursos a costa de popularización del capital es la venta de los 18 bancos comerciales en 1991. La metodología que se diseñó para regresar los activos bancarios al sector privado se basó en una mecánica de subastas, fincadas en requisitos de precio y desempeño. La operación dejó un fruto espectacular de $12.4 mil millones US. Los inversionistas domésticos pagaron un promedio de 3.5 veces capital contable para obtener control administrativo de los activos bancarios. Este proceso permitió al gobierno consolidar los esfuerzos fiscales de estricta disciplina en el manejo de recursos públicos.

Sin embargo, el "costo social" de este ajuste ha sido transferido a los consumidores. Los nuevos dueños no han contado con los recursos necesarios para invertir en equipo, modernización y calidad de servicio. Por lo tanto, las utilidades se han conseguido por medio de altos márgenes de intermediación financiera, altos intereses, y pronunciada escasez de crédito. Una situación similar prevalece en el sector de telecomunicaciones, donde la insuficiencia del servicio telefónico sigue siendo un factor que resta competitividad a las empresas locales. Las utilidades se han mantenido a través de altos costos por llamadas de larga distancia (de los más caros en el mundo) y un sistema ineficiente en casi todas sus dimensiones.

La estrategia de "sacarle todo el jugo" a los activos desincorporados ha obligado al gobierno a posponer la venta de entidades como la empresa camaronera de Ocean Garden Products, el periódico *El Nacional*, y el conjunto de entidades de petroquímica secundaria (valuados en $6 mil millones US). Estas decisiones se derivaron de la convicción que en cada caso, las subastas no habían cumplido con los requisitos de un precio "aceptable." La pregunta fundamental es: ¿aceptable para quién?

La viabilidad a largo-plazo de un sistema de privatización depende de un marco institucional que garantice derechos de propiedad privada. Sin embargo, este ingrediente de privatización exitosa no figura en el actual programa. Por ejemplo, los artículos constitucionales 25 y 26 otorgan un poder ilimitado al Estado en materia de "rectoría" sobre la actividad económica nacional, particularmente la cláusula que afirma la obligación por parte de las autoridades estatales de "planear, conducir, coordinar y orientar" todos los aspectos de la vida económica nacional. Así mismo, el artículo 27 afirma que "La Nación" es propietario colectivo de los terrenos y aguas del territorio nacional. Sin embargo, lo que es propiedad de todos en realidad suele ser propiedad de nadie. Las concesiones reemplazan al derecho general a la propiedad como criterio jurídico de actividades formales. Eso genera favoritismo y economía informal.

Varios otros ejemplos se pueden multiplicar en forma indefinida. El carácter centralizado de estos decretos institucionales significan que el actual orden jurídico constitucional es incompatible con los fines de la privatización. Es decir, la propiedad y el acceso a la propiedad no representa opciones, puntos de consideración, prioridades sociales.

La falta de atención al papel de la propiedad en el desarrollo sano y sostenido de la economía ha sido la causa principal de la ausencia de una estrategia de "capitalismo popular". La justificación social del proceso privatizador que se ha presentado refleja una especie de *populismo sofisticado*: con las ganancias obtenidas por medio de la privatización, el gobierno ha podido generar los recursos para reducir el saldo de la deuda pública. Con ello, los intereses han bajado, y los egresos en materia de las obligaciones sobre deuda pendiente también. Esto ha permitido consolidar una ganancia permanente que ha sido canalizada a mayor gasto en los rubros de salud (83%), educación (78%), ecología (54%) y vivienda urbana (27%).

En este marco, no se ha contemplado un programa popular de diversificación de activos, ya sea por medio de subastas

públicas a precios preferenciales para permitir que los miembros de las clases más humildes puedan adquirir patrimonio accionario, o por medio de la venta de una porción significativa de acciones a trabajadores de empresas. Esta faltante estratégica no ha capitalizado las oportunidades de movilizar la cultura nacionalista de la sociedad mexicana en favor de una reforma fundamental, cuya viabilidad depende de constante e importante apoyo popular.

La ausencia de una estrategia de capitalismo popular ha permitido sostener el mito de manejar los privilegiados recursos petroleros bajo el paradigma de monopolio estatal, ante la alternativa de una privatización bien estructurada. En la actualidad, hasta la ex-URSS ha contemplado la participación del capital privado en la explotación y distribución del petróleo. En México, sin embargo, las reservas han bajado en forma sistemática en los últimos años, a pesar de su gran potencial petrolero. México ocupa el octavo lugar internacional en reservas comprobadas y PEMEX está situada entre las diez empresas petroleras más importantes del mundo.

Sin embargo, los frutos del estatismo petrolero se caracterizan por una crisis de financiamiento. La compañía destina un monto insignificante de recursos financieros en materia de exploración y explotación. Así, por cada dólar que ingresa por motivo de la venta de gas y petróleo, sólo se re-invierten 0.03 centavos en proyectos de investigación, innovación, exploración y explotación. En consecuencia, de 1982 a la fecha la inversión productiva en la industria petrolera se ha desplomado 75%. El efecto ha sido que en ese mismo período la producción de barriles ha caído de 3 millones diarios a un 2.5 en la actualidad.

Los apologistas del monopolio petrolero reconocen la situación, pero señalan que el petróleo es de la nación. Esto es congruente con un esquema de mercado que se limite a la participación de nacionales —pero todos, y no solo funcionarios de la estatal petrolera. Por otro lado, el argumento que la industria petrolera no se puede abrir a las fuerzas del mercado en virtud de su carácter constitucional "estratégico y prioritario" es flagrante petición de principio. Es precisamente porque la industria es estratégica para el quehacer de la nación que debe desligarse del daño ocasionado por el estatismo y englobarse en un marco que permita la activa participación de particulares nacionales.

El requisito más importante del desarrollo sostenido es el derecho a la propiedad. En México, es necesario afianzar el proceso de reforma estructural para brindar las mayores facilidades a la empresa mexicana, de tal forma que pueda aprovechar el proceso de apertura comercial —a pesar de avances notables en unas áreas, como los cambios constitucionales para permitir libertad de decisión en la propiedad ejidal bajo los cambios instrumentados en el nuevo régimen agrícola (libertad de venta, de compra, de renta, de asociación, y demás). Por otro lado, en ausencia de un cambio generalizado que ofrezca garantías legales a la propiedad, surgen problemas de incertidumbre en materia de propiedad y propietarios, de pérdida de cálculo económico, de alocación ineficiente de recursos, así como la aberración moral que unos tienen mayor derecho a los frutos del trabajo de otros. En concreto, sin el derecho a la propiedad en el marco de un esquema privatizador que facilite las transacciones económicas, desaparece el motor de una sociedad desarrollada: los incentivos.

El futuro de la privatización en México representa una interrogante llena de incertidumbre. Sin embargo, la real posibilidad que se desarrolle el proceso en los sectores estratégicos dependerá de una estrategia que conciba a la privatización como un mecanismo popular para ampliar propiedad en la mayoría de los sectores sociales. Y eso requiere una cultura económica basada en los derechos de propiedad.

Roberto Salinas León*

* Director Ejecutivo del Centro de Investigaciones Sobre la Libre Empresa en México D.F., México. Es miembro de la Mont Pelerin Society, del Foro Latinoamericano, y de la Fundación Francisco Marroquín

NOTA: El presente artículo se publica con permiso de su autor y en nada supone la concesión de una licencia o cesión de derechos de autor

"El dogma de que el poder absoluto, a la hipótesis de su origen popular, sea tan legítimo como la libertad, comenzó . . . a oscurecer el ambiente político"

Lord Acton

DERECHOS SOCIALES O NECESIDADES

Desde la antigüedad, el problema del derecho y, en especial, los derechos fundamentales del hombre ha sido tema de preocupación filosófica mucho antes que se convirtiera en tema de derecho jurídico.

En Cicerón encontramos todo un tratado sobre los derechos naturales, derechos que el hombre descubre a través del uso de la razón. Considera Cicerón que, aunque los hombres son diferentes entre sí en lo que se refiere a fortuna, inteligencia, habilidades, etc., todos participan de la razón y de una misma naturaleza. Reconoce que el derecho es una característica constitutiva del ser del hombre, y que cualquier ley, costumbres de los pueblos o autoridad que pretenda privar a cualquier persona de alguno de esos derechos, está actuando contra la justicia, y su acto, ley o costumbres es injusta. Del hecho que estos derechos sean característica esencial del hombre, se desprende la concepción posterior del reinado del derecho y la igualdad ante la ley.

En el siglo XVII, Locke toma de nuevo el tema de los derechos naturales los convierte en la piedra angular de su teoría política. Mientras Cicerón se refiere a los derechos naturales en forma abstracta e imprecisa, Locke los convierte en algo concreto y tangible; el hombre en estado natural tiene derecho a la libertad, a la vida y a la propiedad. Los hombres en estado de naturaleza son iguales, pues ninguno es superior a otro y la razón, que es común a todos, les enseña que no tienen el derecho de ocasionar daño ni de oprimir a sus semejantes. Pero en estado natural, cada hombre es su propio juez y, por lo tanto, tiene que juzgar los daños que otro le infrinja, lo que conlleva a que el castigo que se le dé al ofensor, sea en la mayoría de los casos, arbitrario y más fuerte de lo que merecía por la ofensa cometida. Los hombres viendo este inconveniente del estado natural, pactan para formar una sociedad en la cual el poder de legislar y juzgar, que cada uno tenía en el estado de naturaleza, le sea transferido a un poder legislativo y ejecutivo, quedando estos poderes supeditados a la ley natural, lo que implica que los representantes del pueblo no pueden legislar en contra de los derechos naturales.

Con la declaración votada por la Asamblea Nacional Francesa de 1789, en la cual se proclama la libertad y la igualdad en los derechos de los hombres, se reivindicaban sus derechos naturales e imprescriptibles (libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión). Esta declaración tiene dos grandes precedentes: los "Bill of Rights" de algunas de las colonias Americanas y el "Bill of Rights" inglés de la revolución de 1686.

Desde el punto de vista conceptual no existen diferencias sustanciales entre los tres, dado que todos maduraron en el mismo clima cultural dominado por el jusnaturalismo y contractualismo: los hombres tienen derechos naturales anteriores a la formación de la sociedad civil, derechos que el estado debe reconocer y garantizar como derechos del ciudadano.

Además de los derechos naturales, ya mencionados, al conceptualizar al hombre como ser social-político surgen otros, también llamados derechos del hombre que pueden ser clasificados en civiles, políticos y sociales. Los primeros son los que se refieren a la personalidad del individuo (libertad personal, de pensamiento, credo, económicos, en fin la esfera protegida individual). Los derechos civiles obligan al estado a una actitud de no impedimento, a una abstención (son una libertad para). Los derechos políticos (libertad de asociación en los partidos, derechos electorales) están vinculados a la formación del estado democrático-representativo e implican una libertad activa, una participación del ciudadano en la determinación de la dirección política del estado (son una libertad de). Los derechos sociales (derecho al trabajo, a la asistencia, al estudio, protección de la salud, libertad de la miseria y del miedo) madurados por nuevas exigencias de la sociedad industrial, implican un comportamiento activo por parte del estado al garantizar a los ciudadanos una situación de certidumbre (son todavía libertad para). Entre las dos formas (de libertad para) vemos con claridad la relación que se establece entre el estado y la sociedad por un lado, y el estado y el individuo por el otro.

En el caso de los derechos humanos, cuando éstos se refieren al individuo y a su esfera privada, la función primordial del estado, se podría afirmar, con toda certeza, es la de proteger estos derechos a través de la formulación de leyes generales y verdaderamente justas. En el caso de los derechos sociales el estado se convierte, no en un garante de los derechos fundamentales del hombre, sino en un ente encargado de brindar auxilio a una sociedad que, por sí misma, no puede responsabilizarse de su propio bienestar.

Estas dos formas de estado obedecen al concepto antropológico que se sustente. En el caso de los que defienden los derechos humanos como los derechos fundamentales del hombre, conceptualizan al ser humano como un ser dotado de inteligencia, que tiene en su naturaleza la capacidad y fortaleza para hacerle frente a las circunstancias que lo rodean, responsable de su bienestar y del de sus dependientes. Un hombre que reconoce que tiene que sacar el mejor provecho de las oportunidades que se le presenten y que no debe culpar a terceros por sus fracasos. Por lo tanto, lo que necesita para poder desenvolverse y crear la riqueza necesaria para satisfacer sus deseos y necesidades es una sociedad de seres responsables para que, entre todos, se puedan dar las condiciones necesarias para el desarrollo y el bien común. El estado que se fundamente en esta concepción antropológica tiene como responsabilidad primordial, velar porque estos derechos no sean violados, ya que son la condición necesaria para que los miembros de una sociedad puedan

vivir dentro de un marco de respeto y libertad.

Los derechos naturales del hombre (libertad, vida y propiedad) no presentan ningún problema ni controversia acerca de su legitimidad, pues es claro y evidente que son parte constitutiva de su naturaleza. En cambio los llamados derechos sociales o de tercera generación presentan, según nuestro criterio, una serie de problemas que es necesario analizar, previo a su aceptación o no, como derechos fundamentales del hombre.

Si conceptualizamos a la sociedad como la interrelación de personas y el ámbito en el cual se desarrolla la vida económica y privada de las mismas, encontramos que no existe un sujeto de derecho; todo derecho, cualesquiera que sea, presupone un sujeto concreto, el cual, además de tener derechos tiene también obligaciones y responsabilidades. No siendo la sociedad ni persona jurídica ni personal moral, que sería la única a la que se le podría imputar las consecuencias de sus acciones, encontramos, por lo tanto, que la sociedad no es un ente de derechos y quién es, entonces, el sujeto de los derechos sociales?

Hay, además, otro aspecto que considerar, si los llamados derechos sociales (derecho al trabajo, a la asistencia, al estudio, protección a la salud, libertad de la miseria y del miedo) no responden, más bien, a la esfera de las necesidades que el individuo, por sí mismo, tiene que satisfacer para llevar una vida plena.

Derecho es el conjunto de principios, preceptos y reglas a que están sometidas las relaciones humanas en toda sociedad civil, y a cuya observancia pueden ser compelidos los individuos por la fuerza de la ley.

Los derechos naturales (vida, libertad, propiedad) son principios, axiomas sobre los cuales se ha edificado la sociedad civil, pues los hombres en estado natural gozaban de ellos, pero con lo único que contaban para defenderlos era su propia fuerza física o astucia. En estado natural previo a la formación de la sociedad civil, cada hombre era su propio juez, situación que causaba resentimientos, pues los hombres somos malos jueces de nuestros propios litigios; los castigos que podemos infringir a aquellos que nos han ofendido son, muchas veces, más fuertes de lo que la ofensa merece.

Los hombres como seres racionales, se dan cuenta que, aunque en el estado natural son completamente libres, es un estado que no puede brindar ninguna seguridad, razón por la cual crean la sociedad civil, para de esta forma, dejar la responsabilidad de legislar y brindar seguridad a un poder que los represente, -poder legislativo y poder judicial- permitiéndole al individuo desarrollar su vida económica y privada dentro de un marco de normas y leyes generales, aceptadas por los miembros que conforman la sociedad civil.

Tanto el poder legislativo como el poder judicial, citando el concepto de John Locke, con el cual estamos totalmente de acuerdo, no pueden, en ningún momento, ni bajo ninguna circunstancia ejercer un poder más allá del que los miembros de la sociedad le han otorgado, ya que nadie puede ceder un poder que él no tiene; los individuos que integran la sociedad, si quieren actuar con justicia, tienen la obligación moral y jurídica de respetar los derechos naturales de los demás, nadie tiene el derecho o el poder de violarlos.

Frente a los derechos naturales, los llamados derechos sociales, presentan una serie de problemas que al analizarlos conllevan a consecuencias muy serias en lo que se refiere a la relación sociedad y estado, a la creación de riqueza, la libertad, la responsabilidad de los individuos y el progreso.

Si se considera que el individuo es débil, que no puede, por sí mismo, y por medio de la cooperación de los demás miembros de la sociedad, satisfacer sus propias necesidades -salud, educación, vivienda, trabajo, etc- es necesario buscar una institución que le brinde auxilio y le satisfaga esas necesidades. Los que defienden los derechos sociales se vuelven hacia el estado para que éste, como una de sus obligaciones principales, provea los recursos necesarios para que los individuos puedan satisfacer todas sus necesidades, so pena de acusarlo de violador de los derechos humanos si no puede cumplir. El estado se convierte, entonces, en una agencia de caridad, en una agencia de empleo, tomando responsabilidades y medidas que únicamente le competen al individuo.

Para poder satisfacer todas estas demandas el estado tiene que tener recursos económicos que le permitan brindar éste auxilio, lo que provoca una cadena de acciones estatales que violan los derechos naturales del hombre, cometiendo injusticias contra una minoría, y dando un trato desigual a los miembros de esa sociedad. En qué consisten estas acciones del estado que violan derechos, cometen injusticias y dan un trato desigual? El estado, como todos lo sabemos, no es fuente de riqueza, sino que sus ingresos los obtiene de los impuestos que pagan los individuos que producen riqueza, y no todos los miembros de la sociedad habilitados para trabajar y producir riqueza lo hacen, lo que hace que la carga de mantener esa agencia de caridad recaiga sobre una minoría. Si se considera la parte de la población que ya llegó a la edad avanzada, podremos observar que, no sólo han dejado de ser parte productiva del país sino que muchos de ellos se han convertido en fuerza pasiva del estado. Además de los ciudadanos de edad avanzada, también están los menores de edad. En los países en los que el crecimiento de la natalidad se ha estancado o ha menguado, como es el caso de Francia, por ejemplo, el problema de pagar la pensión de los ciudadanos mayores recae sobre una pequeña parte de la población, pues al disminuir la natalidad y prolongarse el promedio de vida, el número de ciudadanos que están en edad de

trabajar y proveer al estado de recursos económicos para su funcionamiento es pequeño en comparación con el resto de la población. Si analizamos la situación de los países en vía de desarrollo, podemos apreciar que aunque las causas del problema son distintas a las señaladas en países desarrollados, las consecuencias son las mismas. En estos países, de la fuerza apta para trabajar únicamente lo hace un 40% o 60%, el crecimiento de la natalidad es en unos países el 3% y en algunos llega casi al 4%, lo que hace que la parte de la población que carga con el mantenimiento del estado sea pequeña. Es, a todas luces, evidente que el estado tiene que quitarle a unos -los individuos que producen bienes y servicios, es decir, a los que pagan impuestos- para suplir las necesidades de los que no lo hacen por sí mismos. Si se le quita a los que tienen para darles a los que no tienen, se está violando uno de los derechos fundamentales del hombre, el derecho de propiedad, ya que la riqueza, cualquiera que sea, es el producto del trabajo, y como la fuerza de trabajo que se emplea al crear riqueza le pertenece con exclusividad al individuo que trabaja, nadie tiene el derecho de quitarle el producto de su trabajo en contra de su voluntad, para dárselo a otro.

En lo que se refiere a los ciudadanos, que siendo aptos para trabajar no lo hacen, hay varias cosas que se deben de tomar en cuenta. En primer lugar, para desempeñar cualquier trabajo es imprescindible tener la habilidad y el conocimiento que el desempeño de ese trabajo específico requiere, lo que implica que el individuo debe tener la responsabilidad de aprender algún oficio o profesión que le permita poder llenar la plaza que se le ofrece. El desempleo, no siempre obedece a la carencia de demanda de trabajo, sino al hecho que las personas, muchas veces, no cuentan con los requisitos necesarios para llenar las plazas de trabajo existentes, lo que produce el fenómeno de oferta de trabajo sin oferta de mano de obra calificada. Este es un fenómeno frecuente en los países en vía de desarrollo, en los cuales la educación, tanto escolar, como el simple aprendizaje de un oficio es ineficiente. Las razones de este fenómeno son varias, pero creemos, por la experiencia que hemos tenido, que en gran parte se debe a que la juventud no se le ha fomentado con toda la fuerza necesaria, lo importante que es, si quieren tener una vida digna y satisfacer sus necesidades, el hecho irrefutable que si ellos no se preparan y se responsabilizan de su futuro, nadie les va a dar algo por nada. En lugar de enseñarles a ser responsables de su futuro, lo que muchos jóvenes crecen escuchando, tanto de sus mayores, como en los medios de comunicación, es el continuo reproche que se le hace al estado de no brindar a la ciudadanía de escasos recursos, los medios suficientes para satisfacer sus necesidades y, por lo tanto, de violar sus derechos sociales. La consecuencia de confundir derechos del hombre con necesidades -que el llamado a satisfacer es el individuo con el producto de su trabajo- es que se está formando una sociedad que cree que le asiste el derecho de pedir satisfactores, pero que no es su responsabilidad producir bienes y servicios suficientes para gozar de esos satisfactores.

Como ciudadanos tenemos la obligación de pagarle un sueldo a los servidores públicos, y por lo tanto, el estado está en todo su derecho legítimo de cobrar impuestos para su funcionamiento, pero los que defienden los derechos sociales, parecen creer que además de las funciones esenciales del estado, tales como garantizar la seguridad, la propiedad, la vida, la justicia, brindar aquellos servicios esenciales tales como el agua, electricidad, educación, que por una u otra razón no lo hace, en un momento o lugar determinado, la iniciativa privada, el estado tiene que garantizar que todos tengan sus necesidades cubiertas.

Este concepto del estado como institución de beneficencia, además de violar el derecho de propiedad, como quedó señalado, viola el principio de igualdad ante la ley, que es condición necesaria para que se dé la libertad. Si se le quita a unos -los que trabajan- para darle a otros -los que no trabajan y están capacitados para hacerlo- se está dando un trato desigual a los miembros de la sociedad, dando privilegios que únicamente goza una parte de la población a expensas de otra, lo que convierte al estado en el principal violador de la justicia y la igualdad de derechos.

Para que se dé una sociedad libre y progresiva, en la cual, la mayoría de sus miembros gocen de bienestar, tanto material como cultural, es imprescindible que cada uno de sus miembros se responsabilice, y a través del trabajo y la cooperación de todos, esto sea una realidad. Lo que implica que es el individuo el único responsable de velar para que sus necesidades y la de aquellos que dependen de él sean satisfechas. Una sociedad en la cual sus miembros crecen y se forman creyendo que el estado tiene la obligación de darles vivienda, velar por la salud, velar porque no pasen penas económicas, darles trabajo etc., como lo aseveran los defensores de los llamados derecho sociales, corre el peligro de convertir a sus miembros en seres indefensos, inútiles, irresponsables de su propio destino, ciudadanos que lo único que pueden hacer es extender la mano y exigirle al estado que les proporcione los recursos para satisfacer sus propias necesidades. Mientras más se le pida al estado, más tendrá el estado que ver de donde se agencia el dinero necesario para cumplir las exigencias de los ciudadanos y esto únicamente lo puede hacer por dos caminos, cobrando más impuestos o endeudándose, y la consecuencia de esto es el empobrecimiento de la sociedad. Si queremos una sociedad en la cual sus miembros gocen de bienestar, en lugar de esperarlo todo del estado, tenemos que hacer conciencia y educar a la población para que sean personas responsables, trabajadoras y que produzcan la riqueza necesaria para satisfacer sus propias necesidades.

Norma R. de Dengo
Catedrática de la UFM

PONENCIA DE MARIA DE LOS ANGELES MURILLO EN EL COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

FUENTE DE LOS DERECHOS REALES NUMERUS CLAUSUS VS. NUMERUS APERTUS

FUENTE DE LOS DERECHOS REALES

1. De acuerdo al artículo 881 del Código Civil peruano se establece el sistema de numerus clausus, mediante el cual se establece que son derechos reales los regulados en el propio Código y en otras leyes.

Es materia de esta exposición analizar la conveniencia de mantener un sistema cerrado de derechos reales, de acuerdo a un análisis económico costo-beneficio del derecho.

2. La economía, como la ciencia de la libre elección en una sociedad en la que los recursos son escasos y limitados, analiza al hombre como sujeto de derecho, como un racionalizador de la maximización de sus fines y de sus satisfacciones, a través de estímulos.

Los beneficios de una norma y del derecho en general se miden a través de su eficiencia, entendida esta como la maximización de la satisfacción, la misma que se da gracias al intercambio libre de bienes y servicios. Cuando los recursos se transan libremente, existirá un incremento neto en la eficiencia, puesto que el negocio jurídico no se hubiera realizado si ambas partes no hubiesen estado de acuerdo con mejorar su situación anterior.

Esta aproximación del análisis económico del derecho tiene entre sus precursores a Guido Calabresi y a Ronald Coase, (reciente Premio Nóbel de Economía), quienes hicieron un esfuerzo por aplicar el análisis económico sistemáticamente a las distintas áreas del derecho.

De acuerdo a Guido Calabresi y a Ronald Coase precursores del análisis económico del derecho y sus seguidores, intentaremos a través de esta ponencia, analizar los efectos económicos del sistema del número cerrado para los derechos reales en relación al del número abierto o *"numerus apertus"*. Se utilizará a la economía como una herramienta para determinar los costos y beneficios que tanto un sistema como el otro otorgan a la sociedad y concluiremos finalmente, de acuerdo a este análisis que es más eficiente para nuestra sociedad contar con un sistema que otorgue mayores beneficios que costos, permitiendo una mejor asignación de recursos a través de la libertad contractual en la creación de los derechos reales.

Diez Picazo, en el mejor sentido del análisis económico del derecho se pronuncia a favor del numerus apertus para la creación de derechos reales, sin embargo encuentra necesario que el derecho creado responda a una función económica social:

"... es menester que la función económica social que con la constitución del derecho se trate de conseguir, exija la especial forma de afectación del bien que el derecho real lleva consigo, y que lo impongan así la legítima utilidad que se trata de obtener y la naturaleza de esta utilidad en relación con los bienes de que ella constituyan objeto".

La legítima utilidad estará dada por la eficiente asignación de los recursos, que traerá beneficio económico no sólo al titular del derecho, sino, por la suma de provechos, a la sociedad en su conjunto.

Según Highton, Ferdinand, Puig Peña, Castán Tobeñas, Josserand y la mayor parte de la doctrina, los principios que fundamentan el numerus clausus son el orden público y el riesgo del ejercicio abusivo del derecho. Por ello, la supuesta necesidad de mantener un sistema cerrado de derechos reales. Además, que el sistema limitativo es el más acorde con la naturaleza de los derechos reales, que se ordena el derecho en categorías bien definidas evitándose la floración de derechos reales, algunos sin nombre conocido, que se facilita la labor registral y finalmente que se mantiene la seguridad jurídica.

Según autores como los hermanos Mazeaud, *"la definición de los derechos reales corresponde al legislador, por concurrir en ellos una persona con poderes sobre una cosa, mientras que en los derechos obligacionales o personales la voluntad de los sujetos de las relaciones jurídicas tiene libertad para crear diversos vínculos de derecho que no pueden caber en una enumeración taxativa".*

Intentaremos analizar a aquellos autores que establecen criterios a favor del sistema del número abierto, para luego hacer un análisis económico de las consecuencias jurídicas de ambos sistemas.

3. Citando al maestro mexicano Rojina, sí cabe la creación de derechos reales por la vía contractual. La tesis contraria supone oponer el contrato a la ley y considerar que el primero sólo es una forma de aplicación del derecho, así como lo es la sentencia o la resolución administrativa, que por un silogismo aplican la norma general al caso concreto

En el contrato o en la convención en general las partes se subsumen dentro de la institución jurídica o figura contractual que desean celebrar, y ponen en movimiento, como dice Bonnecase, la situación jurídica abstracta contenida en la ley, para transformarlos en una situación jurídica concreta.

Según la definición del Código Civil mexicano, los contratos producen o transfieren obligaciones y derechos. Según este precepto el contrato no sólo se define como fuente de obligaciones, o derechos personales, sino también como forma constitutiva de derechos reales, pues el artículo no limita la naturaleza de los derechos que pueden ser "**creados**". Ahora bien, al referirse el Código mexicano a los derechos reales en particular, reconoce que el contrato es forma constitutiva de los mismos en el usufructo, uso, habitación, servidumbres, hipoteca, prenda, anticresis, censos, copropiedad y derecho de superficie. Respecto al derecho real por excelencia, o sea, la propiedad, el contrato tiene más bien una función transmitiva y no creadora, pues toda enajenación supone la transferencia del dominio de una persona a otra, y, por consiguiente, que el enajenante sea propietario.

Continuando con la argumentación de Rojina Villegas, éste se pregunta si **pueden crearse por contrato derechos reales** distintos de aquellos que la ley enumera. Concluye que esta cuestión no ha sido enfocada debidamente, ni mucho menos se ha resuelto desde un punto de vista estrictamente jurídico.

Comenta también Albaladejo, uno de los mayores defensores del sistema del numerus apertus, que los derechos reales típicos no son los únicos posibles. Pero, junto a ellos (y, se sobrentiende, siempre que se cumplan los requisitos legales adecuados al derecho real en general y se trate verdaderamente de que se establezca un poder directo e inmediato sobre una cosa, y no sólo de que las partes así lo digan o califiquen de derecho real a la figura que creen), caben, en principio, cualesquiera otros derechos reales concretos que los particulares quieran establecer, creando otras variedades de poderes directos sobre cosas, bien totalmente originales, si ello es prácticamente posible, bien mezclando elementos de los ya existentes o modificando en éstos los normales. Los particulares pueden establecer derechos reales atípicos en el uso de la autonomía de su voluntad, principio general de la teoría de los contratos.

Otra cuestión que Albaladejo considera importante es que en la práctica sea difícil crear figuras absolutamente nuevas de derecho real, dado que las existentes abarcan de hecho los atributos posibles. Sin embargo esto no es razón para impedir la creación de nuevos derechos reales a la luz de la riqueza y dinamismo de las exigencias sociales.

Para Albaladejo el crear derechos reales depende de la voluntad de los interesados y no del simple nombre que den al derecho de que se trate. Depende de su voluntad, en el sentido de que pueden obligarse en el sentido de que se otorgue determinado poder directo e inmediato sobre el bien, aunque no esté regulado en la ley. Lo que no pueden hacer las partes es llamar derecho real a uno que objetivamente no otorgue el poder directo o inmediato sobre la cosa.

Ahora bien, en opinión de Albaladejo *"la tesis de numerus apertus no sólo hay que aceptarla en nuestro derecho vigente, sino que es preferible también en abstracto. Y el argumento de que los derechos reales interesan a la comunidad, y no sólo a los particulares que los establecen, y que por eso su lista no debe ser abierta, es argumento que incluso teniendo cierto peso, no es suficiente para desbancar al sólido apoyo que para el sistema de lista abierta representa el recoger la libertad de cada uno de imponer sobre sus bienes los derechos que apetezca. Porque, además, por un lado, el argumento que combato sólo es verdad en cierto sentido y, por otro, la libertad de establecer derechos reales, no se trata de que carezca de todo límite, sino de que sólo tenga los que sean necesarios, pero no que su limitación consista en suprimirla"*.

El derecho positivo mexicano, por ejemplo, de acuerdo a Rojina, sólo limita el ámbito material de los contratos por razones de imposibilidad física o jurídica, o bien, para impedir que se realicen fines ilícitos, como expresamente lo declara el artículo 1831: *"El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres, siendo ilícito el hecho de que se realice violando las mismas, por cuyo motivo el artículo 2225 lo sanciona con la nulidad: "La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa según lo disponga la ley"*. Normas similares encontramos en nuestro derecho en los artículos V del Título Preliminar, inciso 3 del artículo 140, inciso 4 artículo 219, 1354 y 1355 del Código Civil.

Establece además, que conforme al sistema jurídico mexicano, los tipos estructurados en la ley para las distintas figuras jurídicas, trátese de contratos o de derechos reales, no son formas limitadas, de tal suerte que la ley hubiera agotado exhaustivamente todas las posibilidades jurídicas al respecto, sino que se trata sólo de formas que el legislador

ha estructurado dada su conocida tradición jurídica y su frecuente uso; pero así como se admiten los contratos innominados para crear formas contractuales en materia de obligaciones, cabe admitir esta misma categoría respecto de los derechos reales, aplicando el artículo 1858 del Código mexicano, que dice:

" Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan analogía, de los reglamentos en este ordenamiento". Artículo similar al 1353 de nuestro Código Civil.

Al igual que en el campo de los derechos obligacionales, la autonomía de la voluntad debiera tener un rol protagónico en la creación de los derechos reales. Diez Picazo no critica el numerus apertus en cuestión de derechos reales, el autor se limita a señalar los argumentos de uno y otro lado, afirma lo que la ley señala y su tendencia parece ser la de unificar hasta cierto punto los regímenes reales y obligaciones, con lo que evidentemente y producto de un simple razonamiento lógico termina por pronunciarse a favor del numerus apertus en lo que a derechos reales se refiere.

Al igual que Albaladejo y otros autores, Diez Picazo nos habla de los límites que afectan a los derechos reales en un sistema de número abierto;

"La autonomía de la voluntad en la creación de derechos reales debe tener límites al igual que estos límites existen para los derechos de obligaciones".

...si expresamente así lo han manifestado lo que hay que ver es si se respetan los límites de la autonomía de la voluntad. Pero si lo único que ha hecho ha sido la manifestación de unos propósitos empíricos y la instrumentación jurídica adecuada, sin puntualizar que los efectos que se quieren deben ser o no reales, la interpretación ha de ser restrictiva en orden a los efectos reales, y favorecedora de los efectos meramente personales u obligacionales".

Aplicando dicho sistema, Rojina ejemplifica su argumento, afirmando que sí se podría crear un derecho real que sea un tipo intermedio entre el usufructo y el uso.

Sería posible pactar un derecho real en el que se otorgue el atributo de la disposición de los frutos, pero que se reserve la facultad del uso? Si interpretamos restringidamente el artículo 881 del Código, esta figura no se encuadra dentro de ninguno de los derechos reales y por lo tanto podría prohibirse. Pensamos que esto sería atentar contra la libertad contractual y contra la eficiente asignación de recursos en la economía.

Ferdinand Cuadros Villena, autor peruano, dice que se puede hacer una interpretación extensiva del artículo 881 del Código Civil, en el sentido que califica como derechos reales a los regulados en dicho libro y otras leyes, lo cual no implica que los no regulados no lo sean o no puedan serlo. Al respecto, señala como ejemplo la interpretación que en ese sentido se hizo el Código Francés de 1804, el mismo que al contener un vacío al respecto se interpretó propiciando la libertad de la voluntad para crear cualquier forma de derechos reales.

En el Perú, la norma omite decir expresamente que por acto jurídico no puede crearse derechos reales. Sin embargo, es claro que la intención del legislador, fue la de establecer el sistema de numerus clausus.

Según Heighton, en una situación intermedia puede considerarse que el **numerus apertus** permite la creación de nuevos tipos de derechos reales que han adquirido primero tipicidad social y luego jurídica a través de la costumbre, y de otra parte, que haya una gran libertad en la determinación del contenido de algunos de los tipos legales aceptados.

En favor del **numerus apertus**, se dice que el argumento de que los derechos reales interesan a la comunidad y no sólo a los particulares que los establecen, es de peso, pero no suficiente para desbancar al sólido apoyo que para el sistema de lista abierta representa el recoger la libertad de cada uno de imponer sobre sus bienes los derechos apetezca.

4. Uno de los argumentos en los que se basan quienes defienden el **numerus clausus**, es el aspecto registral el mismo que se ve enormemente facilitado funcionando dentro de un sistema de numerus clausus para los derechos reales, ello sin embargo resulta ser vulgarmente práctico, Albaladejo dice al respecto que:

"...como si esta facilitación pudiese admitirse que influya en decidir aquella cuestión. Lo que sería algo así como sostener que para evitar las dificultades que a los Tribunales puedan ocasionarse para fijar con exactitud la naturaleza de los contratos que se les sometan, hubiese también un numerus clausus de éstos."

Tampoco existe, según Rojina y Roca Sastre este incon

veniente respecto al problema registral que se presentaría de adoptar el número abierto, aduciendo al efecto como razón que no podrían inscribirse y, en consecuencia, perderían su eficacia de derechos reales respecto de terceros, dada su falta de oponibilidad. En este sentido Rojina comenta el derecho mejicano en el sentido que de una manera amplísima comprende la inscripción de cualquier título, acto o contrato por virtud de los cuales se adquiera, transmita, modifique, grave o extinga el dominio, la posesión, o los demás derechos reales sobre inmuebles. Ahora bien, como la constitución de cualquier derecho real de tipo innominado traerá consigo la modificación y gravamen del dominio, es evidente que podrá ser objeto de inscripción en el Registro Público, justamente para dar cabida a todas las formas posibles, dentro de los requisitos de posibilidad y licitud que en materia de contratos deben observarse necesariamente.

Roca Sastre, por su parte, analizando la legislación española comenta que ésta es de **numerus apertus**, a fin de no obstaculizar la admisión de nuevos tipos de derechos reales que las necesidades jurídicas y sociales sobrevenidas puedan exigir. Se expresa en el sentido que en los sistemas de número cerrado, también se da cabida a nuevos derechos reales a través de las cargas, que contiene una diversidad de casos posibles. Por ello finalmente concluye, que la diferencia práctica entre ambos sistemas es meramente formal.

Rojina, quien a su vez cita al maestro Wolff, inclusive en el derecho alemán, que es tan formal, cabe admitir la tesis de que puedan los particulares crear formas innominadas de derechos reales a través del contrato.

En el sistema alemán el registro es una condición necesaria para la constitución del derecho real, al hablarse en general de un acuerdo entre disponente y adquirente, y al considerarse que se trata de un contrato abstracto, independiente del negocio causal que le dé base, no se desprende de toda esta estructura jurídica que los particulares estén limitados respecto a la constitución de los derechos reales.

Diez Picazo considera necesaria la perfecta descripción del objeto gravado y del derecho que pretende inscribirse así como que se cumplan los requisitos de forma exigibles para el acceso al registro.

De acuerdo al inciso primero, artículo 2019 del Código Civil peruano se establece que son inscribibles ... los actos y contratos que constituyan, declaren, transmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles.

Así mismo el artículo 926 del Código Civil peruano establece que las restricciones de la propiedad establecidas por pacto, para que surtan efecto respecto a terceros deben inscribirse.

Con esto, siguiendo a Roca Sastre, nos atrevemos a decir que el número cerrado en el sistema peruano respecto a los derechos reales es relativo, por cuanto se faculta la modificación de derechos reales, así como la inscripción de la propiedad que limite el derecho de propiedad de acuerdo a la voluntad contractual.

Esto importa un avance en cuanto al respecto a la autonomía de la voluntad y en cuanto que reconoce la tendencia unificadora entre los derechos reales y personales.

Albaladejo señala un argumento muy interesante a favor del numerus apertus el cual es el siguiente:

Los defensores del numerus clausus afirman que los derechos reales clasificados por los defensores del numerus apertus como atípicos en realidad siempre son encajables en las figuras pre establecidas, es decir dentro de los derechos reales típicos, al respecto caben señalar dos observaciones;

A.-El sistema del numerus clausus tiene su razón de ser en la necesidad, por razones de orden público de limitar la creación de los derechos reales a los permitidos por la ley, sin embargo dicho propósito parece ser fácilmente burlado al poder encajar cada nueva figura que los particulares crean dentro de los tipos legales ya establecidos. Si esto es así resulta que el sistema de numerus clausus ha perdido su razón de ser.

En ese sentido el numerus clausus habría perdido su funcionalidad, ya que finalmente la autonomía de la voluntad de los particulares podrá siempre imponerse como derecho real aunque a modo disfrazado, vistiéndose del ropaje de un derecho real típico.

B.- Forzar los tipos legales de manera que puedan encajar en ellos distintas figuras novedosas resulta perjudicial al sistema jurídico y termina por desnaturalizar los tipos legales y por trabar el desarrollo de la ciencia jurídica y de la mejor asignación de recursos en la sociedad.

5. Posibilidad de Crear Nuevos Derechos Reales en el Sistema de Numerus Clausus.

Sostiene Lafaille, en ánimo componedor, que la enumeración taxativa de los derechos reales no llega a clausurar la lista de categorías, puesto que siempre el Estado por sus órganos autorizados podrá instituir otras nuevas.

Subrogar al Estado en la voluntad de los agentes económicos de una sociedad libre implica distorsionar la asignación eficiente de recursos. Trae consigo que se pierda tiempo y dinero tratando de conseguir favores políticos para la creación de derechos nuevos por parte del Estado. Esta norma discrimina a la mayoría de las personas, que no tienen acceso al poder político, en favor de las reducidas minorías que a través de mercantilismo político podrán lograr la creación por ley de un derecho real para su beneficio. Suponer que el Estado sabrá detectar cuáles son las demandas y necesidades de las personas para la creación de derechos reales, es una quimera.

La necesidad de creación de nuevos derechos reales emana de la evolución de las sociedades, de sus medios de intercambio, del avance de la tecnología, de la demografía y de un sin número de factores tan dinámicos que no podrán ser percibidos más que por los actores protagonistas del mercado. Como ejemplo, la hipoteca posesoria, la multipropiedad, etc.

Los derechos reales constituyen las relaciones jurídico-patrimoniales de las relaciones sociales establecidas con motivo del aprovechamiento económico de los bienes. El dejar abierta la posibilidad de creación de derechos reales contractualmente implica que la propiedad y sus atributos podrán ser ejercitados de acuerdo a su mayor y más eficiente aprovechamiento económico. Nadie, sino los propios individuos sabrán mejor cómo regular sus propios intereses -definición moderna de los contratos- y cuáles son los alcances del contenido de los derechos reales. Como cualquier negocio jurídico, siempre deberá respetar el orden público y deberá enmarcarse dentro de los principios generales del derecho.

Albaladejo deja entender que resulta absurdo clasificar a los derechos como reales sólo porque la ley así los dispone, o dejar de admitirlos como tales porque ella no lo contempla. Coincidimos con el autor plenamente en que los derechos deben ser considerados en su esencia, no porque la ley les atribuya un carácter, sino por cuanto que efectivamente lo sean. Si un derecho reúne las características de un derecho real, aún así la ley no lo contemple como tal, este derecho **ES REAL.**

6. Tendencia de Unificación del Derecho de Obligaciones y de los Derechos Reales.

NO DEBE HABER DISCRIMINACION EN CUANTO AL TRATAMIENTO DE ESTOS DERECHOS.

Se ha afirmado doctrinariamente *"que el numerus clausus es una característica esencial inherente a los derechos reales"*.

Según Heighton ello no es así, *"todo depende del sistema que los regule pues ni la existencia de sujeto pasivo, ni la transmisión de la cosa, ni la doble causa, ni la inscripción registral, ni la oponibilidad a terceros, ni la preferencia, ni la acción real, ni el orden público, ni el numerus clausus, son definitorios, si bien son notas características del derecho real..."*

Diez Picazo señala que la doctrina clásica se pronuncia acerca de los derechos reales, otorgándoles carácter absoluto, oponibilidad erga omnes, poder directo, y además lo presentan como susceptible de ser lesionado por un tercero.

Lo antes expuesto sin embargo no es del todo cierto, de éste modo aparecen derechos reales que no cumplen estrictamente con estos requisitos.

Comenta el autor citado que la ley y la doctrina califican de reales, derechos que no consagran un poder directo e inmediato sobre la cosa, así mismo hay derechos calificados como personales en los que dicho poder directo e inmediato sí se da. Igualmente hay derechos reales no lesionables por un tercero, por ejemplo la hipoteca.

OPONIBILIDAD

Tampoco es verdad que solo los derechos reales tienen la exclusividad de ser oponibles erga omnes, también lo es que el derecho de crédito, como por ejemplo el arrendamiento inscrito. Contrariamente un derecho de propiedad adquirido por el solo consentimiento, puede en algunos casos de concurso de acreedores, tener efecto únicamente entre el adquirente y el tradens. La oponibilidad finalmente, dependerá del registro.

Para el derecho de obligaciones rige el **numerus apertus**, para los derechos reales rige el **numerus clausus**. Al examinar las características más saltantes de los derechos reales, podemos apreciar que muchos de los elementos de

los derechos reales son compartidos en algunos casos por los derechos personales, como por ejemplo la oponibilidad, la preferencia, la persecutoriedad. Como ejemplos, el embargo, el arrendamiento inscrito. En este sentido, no cabe razón para otorgarles tratamiento distinto en cuanto a libertad de su creación.

La teoría monista personalista, sostenida por Planiol, llega a *"configurar el derecho real como derecho obligacional, dado que su titular lo que posee es una pretensión contra tercero para que observe una conducta de abstención sobre una cosa. La única diferencia destacable sería la extensión de los sujetos pasivos, los obligados..."*

Según Diez Picazo, mientras que el derecho personal se da exclusivamente frente al deudor, el derecho real permitiría dirigirse contra todas las personas para exigirles las conductas de abstención.

Sin embargo, los terceros no están obligados a ejecutar ninguna prestación para que el interés del titular del derecho real se satisfaga, sino que tienen el deber de respetar su situación jurídica, que forma parte de la obligación general que a cada uno incumbe de no traspasar la propia esfera jurídica lesionando la de los demás ...*"pero ello no es algo peculiar de los derechos reales, ya que los derechos de crédito han de ser respetados por los terceros que los conozcan"*.

"...la noción teórica del derecho real como poder directo e inmediato sobre la cosa oponible erga omnes no capta por completo la realidad legislativa, ya que en el fondo son criterios de política jurídica los que determinan que determinadas situaciones tengan o no eficacia erga omnes, prescindiendo de que en ellas se detecte o no aquel poder. Se habla entonces, para salvar la pureza del concepto de que en esa situación en la que no existe poder directo e inmediato no es derecho real sino que produce efectos reales".

Diez Picazo afirma que sería más útil y menos problemático hablar simplemente de situaciones jurídicas dotadas de oponibilidad a terceros y carentes de ella. "Con esto se zaniaría la discusión sobre el número cerrado para los derechos reales y abiertos para los derechos de créditos, puesto que estaríamos ante una sola clase de derechos, con efecto diferentes, según su oponibilidad a través del registro o de la posesión para bienes no registrables.

Albaladejo reconoce al igual que Diez Picazo que *"existen derechos personales con efectos reales, en cuanto que la utilidad que debe proporcionar, pasa a ser obtenible incluso frente a quien no era deudor en el mismo"*.

"Para concluir, lo que aparte de todo lo dicho se puede asegurar es que, desde el punto de vista de la práctica, importa poco la inmediatividad o no del poder, pues único que preocupa es el que éste sea efectivo y que sea directamente oponible a todos, es decir pueda hacerse valer inmediatamente a cualquiera."

Según Rojina, el estudio de los efectos entre las partes y con relación a terceros es un tema común a los derechos reales y personales, presentando sin duda para los primeros mayor complejidad e interés, dado su carácter de derechos valederos erga omnes, es decir, por su oponibilidad respecto de terceros, con los problemas inherentes a la acción persecutoría de la cosa, y en su caso, el derecho de preferencia.

Rojina criticando la clásica diferenciación dualista de derechos personales y reales afirma que las relaciones jurídicas sólo pueden establecerse entre sujetos. Por esto el derecho siempre es regulación de la conducta en su interferencia intersubjetiva. Por ello no cabe hablar de los derechos reales como la relación entre su titular y la cosa.

El objeto directo del derecho, tanto en sentido objetivo como en sentido subjetivo, siempre ha sido, es y será la conducta humana. Sólo la conducta en su interferencia intersubjetiva que se desenvuelve en facultades, deberes o permisiones puede ser objeto de la regulación jurídica, es decir, del derecho en sentido objetivo.

Coincidimos con Rojina que es un gravísimo error decir que las cosas o los bienes son los objetos del derecho. Esta aberración es semejante a la que cometiera la Escuela de la Exégesis, al definir al derecho real diciendo que es una relación jurídica que se establece en forma directa entre una persona y una cosa. ¡Como si las cosas pudiesen ser sujetos pasivos o reportar obligaciones! Cuando se dice que las cosas son los objetos del derecho, inconscientemente se comete el error de afirmar que el derecho es un sistema normativo cuyo objeto es regular las relaciones de los hombres con las cosas. Ahora bien, el derecho como sistema normativo es regulación de la conducta humana y únicamente de tal conducta.

Tanto los derechos reales como los personales de carácter patrimonial tienen una referencia indirecta con las cosas. Por consiguiente, exclusivamente para

esta clase de facultades de orden patrimonial cabría decir que, además del objeto directo que consiste en la conducta del sujeto pasivo, determinado o indeterminado, individual o universal, existe el objeto indirecto llamado cosa, por cuanto que esa forma de conducta no puede considerarse en abstracto, independientemente de ciertos bienes. De aquí que se hable de una referencia a las cosas y, por consiguiente, de un objeto indirecto de esos derechos patrimoniales.

Los bienes sólo figuran como materia sobre la cual recaerá el poder económico de aprovechamiento, pero las facultades jurídicas, es decir, las posibilidades normativas de actuar en el titular, serán siempre oponibles a sujetos determinados o interminados y, por lo tanto, tendrán por objeto directo formas de conducta humana.

En cuanto a los objetos indirectos de los derechos subjetivos, ya también hemos indicado que sólo podrá encontrarse una referencia a las cosas, exclusivamente en los derechos reales y en los derechos personales que tengan por objeto obligaciones de dar.

El derecho patrimonial desde el punto de vista objetivo, es decir, el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de orden económico (reales o personales de los sujetos), parte necesariamente de relaciones de conducta entre dos o más personas, determinadas o interminadas, cuyas relaciones a su vez tienen por objeto intereses de orden patrimonial, en tanto que son valorizables.

Desde el punto de vista de los derechos subjetivos de carácter patrimonial: reales o personales y de los deberes jurídicos de igual naturaleza, el patrimonio vuelve a ser objeto indirecto. A su vez, son formas determinadas de conducta, las que vuelven a constituir el objeto directo de los derechos patrimoniales, bien se les considere como facultades de un sujeto llamado acreedor para exigir de otro llamado deudor, prestaciones o abstenciones (actos de conducta), o como poderes jurídicos que en forma directa e inmediata se ejercen sobre los bienes, pero oponibles a un sujeto pasivo universal (que tiene la obligación general de no interferir en la esfera o conducta del sujeto activo), o a un sujeto pasivo determinado, que es el dueño de las cosas objeto del gravamen constituido sobre la misma.

Por ejemplo, la difícil cuestión de diferenciar el usufructo oneroso del arrendamiento, por lo que ve a los derechos que de ambos nacen, se esclarece fácilmente determinando el grado de potestad que tiene el usufructuario, para enajenar, gravar o ceder su derecho (artículo 1002 del Código Civil). Desde el punto de vista económico, entre usufructuario y arrendatario, desde el punto de vista del aprovechamiento y goce de una riqueza ajena, así como del contacto directo del titular con el bien, o de su poder inmediato para servirse de él, no es posible encontrar diferencia alguna.

Según Rojina, al estudiar la oponibilidad frente a terceros en los contratos, por regla general, sólo surten efectos entre quienes los otorgan y, por otra parte, la característica de oponibilidad a terceros propia de los derechos reales, como derechos absolutos valederos erga omnes. Ahora bien, cuando un contrato genera un derecho real, nos encontramos ante una doble situación jurídica: como contrato sólo puede surtir efectos entre las partes, pero como derecho real creado por el contrato sobrepasa el ámbito restringido de éste y debe afectar a los terceros, supuesto el requisito de la inscripción en el Registro Público, como condición sine qua non para alcanzar esa consecuencia jurídica.

Inclusive Kelsen ha esbozado en términos generales la estructura normativa de las obligaciones reales como correlativas de los derechos reales. Es evidente que implicando el derecho real un poder jurídico que en forma directa e inmediata se ejerce por una persona sobre un bien, para su aprovechamiento, la existencia de tal poder que sólo fue conferido por el propietario de la cosa, tendrá que ser oponible a los terceros, ya que de otra suerte no se permitiría ejercer la facultad de señorío respecto del objeto gravado.

La conclusión es pues que existe una tendencia de acercamiento entre los derechos reales y personales, la publicidad generadora de oponibilidad y de efectos **"erga omnes"**, acercan a ambos derechos y acortan sus diferencias. La tendencia moderna en realidad se debe referir más a derechos patrimoniales que a las distinciones clásicas. Los derechos patrimoniales en general, tienen como objeto indirecto a los bienes, y como objeto directo a la conducta humana, fuente generadora de relaciones jurídicas patrimoniales. En este sentido el derecho civil en general debe tomar en cuenta esta corriente para otorgar mayor seguridad jurídica a las transacciones libremente pactadas por los ciudadanos en aras de asignas los recursos escasos eficientemente.

NOTA: El presente artículo se publica con permiso de su autor y en nada supone la concesión de una licencia o cesión de derechos de autor.

EL ULTIMO ZARPAZO

- Chiapas Visto desde Guatemala -

Los mexicanos parecen atónitos porque, en la fecha de su inserción oficial en el mercndo más desarrollndo del mundo, por la frontera opuesta se les haya colado el estallido guerrillero de Chiapas.

Para nosotros, más al sur, ello apenas es noticia.

Durnnte tres décndns hemos vivido con el mismo trauma, ante la indiferencia del PRI y el regocijo, no tan discreto, de la izquierda mexicana, que hubiera parecido creerse su propio mito de madrina providencial de todos los inconformes de nuestra América, de Guntemnla a Chile.

También, en palabras de Octavio Paz, les sorprende aún más lo anacrónico de la retórica del alzamiento zapatista, que pareciera haberse detenido en 1917 o, en el mejor de los casos, en la verborrea revolucionaria de "teólogos de la liberación" de hace un cuarto de siglo. Esto es también para nosotros, de tiempo atrás, pan cocido.

Yo les auguro a mis amigos mexicanos por lo menos unn década de declamaciones y reproches populistas, de acusaciones humillantes, vía Europa y sus nuevos socios americanos en el Tratado de Libre Comercio, de violencia esporádica y aun de una difusa conciencia de culpa, como ha sido nuestra ración casi diaria en este istmo centroamericano por treintn tensos nños

Ciertnmente el pueblo mexicnno no merece esa distracción angustiosa cuando todas sus energías habrían de concentrarse en tornarse más competitivos en ese mercado globalizndo y globalizante que les han legado la exitosn ronda de Uruguay y del GATT y el mismo TLC.

Tampoco lo habíamos merecido nosotros, sea dicho de paso, Gabriel García Márquez no obstante.

Pero el hecho es que el magnífico sexenio de Salinas de Gortari termina en una nota apagnda y triste que hace muy posible un siguiente sexenio de menos logros y más confusión para México.

Mucho va a depender de la serena frialdad en que alcance mantenerse el gobierno federal frente a las irritantes provocaciones de los que dicen seguir al "sub-comandante" Marcos o, al menos, simpatizar con él.

Por aquí acaba de estar de visita el Senador Porfirio Muñoz Ledo, que no pudo ocultar su satisfacción de que al "neoliberalismo" de Snlinas de Gortari le haya salido respondón ese vástago a destiempo del agrarismo ejidatario y clasista de algunos segmentos de la Revolución Mexicana.

Como una ironía, por cierto capaz de hacer voltearse en sus tumbas respectivas a los cristeros y a Plutarco Elías Calles, esta vez los "revolucionarios" no se dicen anticlericales porque, al menos en la forma, son otros tantos hijos predilectos de Samuel Ruiz y sus teólogos de la liberación, los mismos que con el sandinismo ensangrentaron a Nicaragua, con el Farabundo Martí al Salvador y con el Ejército Guatemalteco de los Pobres y la Organiznción Revolucionaria del Pueblo en Armas a Guntemnla.

¡Pobre México! ¡También a ti llega, por tu esquina menos protegida, ese híbrido hirsuto y mncilento de los "signos teológicos de los tiempos", ln dialéctica de clases y ln teorín de la dependencia que todavía corre bajo el nombre de "Teología de la Liberación"!

A estas alturns, no se snbe aquí en Guatemala cuánto de aliento le queda en Chiapas al clero revolucionario y a las huestes indígenas que les sirven de carne de cañón.

Pero si la experiencia nuestra de algo sirve, presumiblemente procurarán extraer el máximo de concesiones de poder real del gobierno federal en tres direcciones paralelas:

Una, meramente geográfica, con el fin de establecer un "área liberada" en la selva lacandona, a caballo del Usumacinta, que les sirva alternadamente de trampolín, o de puente de escape, hacia la etnia maya, tanto al norte como al sur de la frontera común de México y Guatemala.

Otra, de bandera clasista -no creo que en este momento también estén preparados para enarbolar la ecológica- para garantizarse el automatismo reflejo de las simpatías de la izquierda continental americana.

Y una última, casi diría que de ubicación en los espacios diplomáticos, que les sirva de anzuelo para pescar "tontos útiles" que les aseguren un flujo permanente de fondos desde Europa, especialmente de los pueblos nórdicos, y desde Canadá.

Sin embargo, la llave de acceso a la paz resta en las manos del gobierno federal, presida quien lo presida a partir de las elecciones del 21 de agosto.

No dejarse provocar debería ser, a mi juicio, la máxima del Estado mexicano.

Simultáneamente, ampliar lo ya iniciado por Solidaridad: volcar los recursos acrecentados que se deriven del TLC para elevar toda el área meridional a los niveles promisorios de la franjn que va de Monterrey a Tijuana o a los de los centros dinámicos del Distrito Federal, de Guadalajara y de Puebla.

Esto no se debería acometer por mero oportunismo sino por cuestión de principio. Al fin y nl cnbo, en toda la deplorable situación del atrnso do Chiapas arrastra una responsabilidad histórica el PRI al que pertenecieran hasta 1986 Cautémoc Cárdenas y Porfirio Muñoz Ledo.

Se dice que las ideas no mueren sino quienes las sustentan.

La generación canosa y cansada de los teólogos liberacionistas ha llegado tarde a los juegos pirotécnicos de Chiapas.

Por eso cabe esperar que una generación mexicana nueva, vibrante, moderna, como las formadas, por ejemplo, en el ITAM o en la Universidad Panamericann, con la generosidad de las anteriores, pueda hacer de esta brutal llamada de atención un reto que libere nún más a sus compatriotas de la pesada mano del Estado, y abra más cauces renovadores parn la rica creatividad de la que han hecho gala, con mucha razón, esos mismos mexicanos cuando se han sabido libres de competir con cualquiera bajo reglas iguales

Como lo repetín Benito Juárez: "El respeto al derecho ajeno es la pnz".

Bajo una divisa tal, no deberían quedar espacios en el México tan querido por sus hijos para complejos de inferioridad y envidias disfrazadas de nacionalismo trasnochado, ni tampoco para el derrnmamiento de la sangre inocente de hermanos so pretexto de una mayor justicia "social" según esquemas ideológicos del todo obsoletos

Eso es lo menos que podemos desear los que de veras nprecíamos la personalidad recia y única de esa "razn cósmica" anidada entre los brazos líquidos de los ríos Brnvo y Usumacinta

Armando de la Torre

"De la propia naturaleza de las cosas deriva que los comienzos sean suaves; pero, a menos que se ponga gran cuidado, entran los procesos en vías de desarrollo acelerado, alcanzandose situaciones por nadie previstas."

F. GUICCIARDINI

LA PROPIEDAD PRIVADA: EL MEJOR MEDIO PARA EL PROGRESO

Según el código Civil de Guatemala el término propiedad se define como "el derecho de gozar y disponer de los bienes dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones que establecen las leyes".[1] La palabra propio nos da la idea de algo que pertenece a una persona y sobre la cual tiene un dominio y la posibilidad de excluir a las demás personas de ese dominio. La palabra derecho se refiere a un privilegio o una ventaja que una persona tiene y que es reconocida por las demás personas que conforman una sociedad y además es protegido ya sea por el poder coactivo de la costumbre o por la propia ley. Tales derechos permiten al hombre determinar cuáles serán las consecuencias de determinado curso de acción. Se sabe claramente que si uno daña la propiedad de otro o utiliza su propiedad para dañar a alguien, el resultado de esto será una sanción impuesta por el poder público a través de un ley. "Toda norma, explícita o implícita, que reconoce el disfrute exclusivo de una cosa y que protege de cualquier interferencia de otro determina automáticamente, en beneficio de cualquiera, un derecho oponible a todos los demás".[2] La propiedad privada está conformada de 2 derechos esenciales, uno de ellos es el derecho a la propiedad que es un incentivo, y el otro es el derecho de propiedad que es una garantía.

El término propiedad común se refiere a los bienes que no siendo de alguien, el uso y aprovechamiento de éstos pertenecen a un grupo de personas, todos los cuales se sirven de ellos para satisfacer sus intereses particulares. Sin embargo, la propiedad común no puede ser considerada propiedad ya que la propiedad es algo propio y personal, es privativa de alguien o algunos que sobre ella ejercen dominio ya sea a través de acuerdos o individualmente y sobre la cual se pueden tomar cualquier tipo de decisiones. Por eso no se puede hablar de propiedad cuando no existe dueño o un grupo reducido de dueños (cuando el número de dueños es muy grande los acuerdos se vuelven imposibles de efectuar) que pueden ejercer dominio y tomar decisiones económicas sobre ésta.

Teniendo clara la diferencia entre el término propiedad común, propiedad privada y derechos de propiedad, a continuación explicaré cómo la propiedad privada, a través de un sistema que garantiza los derechos de propiedad, es el mejor camino para obtener el progreso y no a través de la propiedad comunal.

Se cree que en un principio Dios dio a los hombres la naturaleza para su uso en común.[3] Debido al limitado número de personas existentes en ese entonces, los recursos eran abundantes, todas las personas tomaban de la naturaleza lo que necesitaban para su sobrevivencia y nadie los podía excluir del goce de algún recurso. Conforme la población fue aumentando los recursos naturales se fueron degradando y volviendo escasos y algunos hasta se extinguieron debido a que no existía un límite de niveles de consumo por lo que todas las personas tenían el incentivo para aumentar y acelerar sus consumos y a su vez ninguna persona tenía el incentivo de cuidad los recursos existentes. Nadie se preocupa de contribuir a la preservación de su entorno (freeriders). "Lo que es común de muchos es lo que recibe el menor cuidado, porque todos los hombres estiman más lo que es suyo que lo que poseen en común con otros".[4]

La estimación y el cuidado de lo que es propio y el descuido de lo que es de todos se debe al egocentrismo del hombre y a la falta de incentivos existentes en un régimen de propiedad comunal ya que el cuidado de lo comunal le provoca, a una persona, un costo muy alto que él tendría que cubrir en beneficio no sólo del él, sino de los demás quienes disfrutarían del beneficio sin tener que pagar por ello. "Lo que es de todos, no es de nadie y nadie lo cuida".[5]

Los seres humanos vivimos en un mundo marcado por un fenómeno de escasez de recursos naturales, de suelo, de espacio, etc., por lo que es esencial que estos escasos recursos sean utilizados de la mejor manera por las personas de una sociedad, sin embargo, en un sistema comunal no existen los incentivos necesarios para que se pueda llevar a cabo este aprovechamiento porque no existe la idea de la propiedad privada. Lo anterior se puede ilustrar en un ejemplo: Si se tiene una parcela de tierra que es propiedad de todos los miembros de una sociedad, ninguno de los individuos va a tener el incentivo de invertir tiempo, capital y dinero para la mejor explotación y producción de la parcela sabiendo que el fruto de su esfuerzo no va a ser exclusivamente para él, sino va a ser para todos los individuos, quienes podrán gozar y disfrutar de este beneficio sin ningún costo y sin que nadie se los pueda impedir. En este ejemplo nos encontramos con la palabra exclusividad que se refiere a la posibilidad de gozar íntegramente de los frutos y beneficios de lo que uno ha

1 **Código Civil de Guatemala** Jiménez y Ayala Editores. Guatemala 1985 Página 109
2 **Por qué la Propiedad.** Henn Lepage Instituto de Estudios Económicos, España, 1985. Página 37.
3 Idea tomada del libro de Pensamiento Político. **Artículo sobre John Locke** Jesús Amurno, Guatemala, Editonal IDEA, 1991, página 116.
4 Aristóteles. Citado en **La Paradoja de Hardin** Juan F Bendfeldt, Guatemala Centro de Estudios Económicos Sociales.
5 Ibid

producido con su propio esfuerzo y con la posibilidad de excluir a los demás del gozo de estos frutos y beneficios.

¿Qué motivaciones va a tener entonces una persona para trabajar y producir en un sistema donde no existe la posibilidad de recibir en su totalidad el beneficio de lo que uno ha hecho con su propio esfuerzo? La respuesta es ninguna. Sin posibilidad de expulsar a los intrusos no hay producción posible. Entonces, ¿es posible que exista una mejor y mayor utilización de los recursos escasos? La respuesta es no. No existen los incentivos para esto. En un régimen comunal, las personas se dedican a satisfacer sus propios intereses no importando a quien dañen. Toman de la naturaleza lo que ellos quieren y no se preocupan por cuidarla. Esto se puede visualizar en un ejemplo: un campesino tiene su casa y una parcela cultivada a la orilla del río. Su casa está localizada en la parte sur del río y el agua del río corre de norte a sur. El campesino utiliza el agua del río para irrigación de su parcela. Una fábrica se construye en la parte norte de éste y vierte sus desechos al río. Los desechos, acarreados por la corriente del río, llegan hasta los cultivos del campesino y los daña. El campesino no puede hacer ningún tipo de reclamo a la fábrica porque el río es propiedad de todos. En este ejemplo no solo vemos cómo se produce la degradación de la naturaleza en un sistema comunal, sino además cómo la fábrica le genera costos al campesino al dañarle su cultivo y a las demás personas al contaminar el río. Estamos frente a una de tantas externalidades que se dan en este sistema. Se entiende por externalidad "aquellas situaciones donde una persona o empresa genera costos a otras, sin que ellas mismas los incorpore como costos propios (internalización)".[6] En un sistema donde no existen los derechos de propiedad los incentivos llevan a la gente a generar costos a otras personas en lugar de incorporarlos como costos propios ya que debido a lo comunal, no hay nadie que me pueda impedir tirar mis desechos al río. Se ha comprobado que el problema de las externalidades se da únicamente en los sistemas donde no existen o no están bien delimitados los derechos de propiedad, por lo que la solución están en extender los derechos de propiedad y garantizarlos por medio de leyes ya que de esta manera si alguna persona hace un mal uso de sus bienes o recursos, únicamente él sufriría las consecuencias y no los demás.

En un sistema comunal, como el de la fábrica, cada persona trata de maximizar su ganancia al menor costo posible ya que no existe ningún límite que se lo impida, al final esto produce la ruina para todos y la degradación de los recursos naturales escasos. "La deficiencia en el orden social de los bienes en comunidad es que no hay límites a la acción individual, ni incentivos para evitar el desastre y corregir el mal uso, el uso anti-económico de los bienes escasos".[7]

"La ruina es el destino hacia el que corren todos los hombres, cada uno persiguiendo su propio interés, en una sociedad que cree en el libre acceso a los bienes en común. La ausencia de límites en los bienes en común lleva la ruina para todos. Todos pierden al final".[8] La pregunta es entonces ¿ Se podrá decir que existe progreso o desarrollo en un sistema comunal?

La propiedad privada empieza con cada persona, ya que cada persona tiene la propiedad de él mismo, y con la necesidad de vivir. El progreso del hombre es el proceso que va de la propiedad comunal a la privada.[9] El proceso de cambio del sistema comunal al de la propiedad nace de una forma espontánea, no es planeado ni por el gobierno ni por una mente ordenadora, ante una realidad de escasez y desaprovechamiento de los recursos; a la falta de incentivos para progresar existentes en un régimen comunitario. "La comunidad de bienes fue paulatinamente abandonada por su ineficiencia cuando las poblaciones se aproximaron al límite de la escasez de los bienes de la tierra, aún cuando nadie tuviera una conciencia plena de tal hecho".[10]

Nace entonces la propiedad privada que ha llegado a convertirse en el fundamento para el progreso, debido a su gran eficacia. A continuación explicaré a qué se debe su gran eficacia.

Empezaré por las ventajas de la exclusividad que existen en la propiedad privada. El término excluir significa, como ya dijimos antes "el poder que tiene el propietario de gozar libremente de sus bienes, y, en especial, de decidir soberanamente, quién puede o no tener acceso a ellos y bajo qué condiciones".[11]

6 **El ABC (y la Z) de la Economía.** Valeriano F. García. Ediciones El Cronista Comercial, 1988. Capítulo XIII
7 **La Paradoja de Hardin.** Juan F. Bendfeldt.
8 **La Tragedia de lo Comunal.** Garret Hardin. Revista Science. Vol. 162. Diciembre, 1962
9 Idea tomada de **Etica de la Libertad.** Francisco Pérez de Antón. Centro de Estudios Económicos Sociales, Guatemala 1979. Página 119
10 **La Paradoja de Hardin.** Juan F. Bendfeldt.
11 **Por qué la Propiedad.** Henri Lepage. Página 97.

Este principio de exclusividad crea incentivos para que los hombres produzcan más y pueda vivir de una mejor forma, ya que el hombre al tener derecho de propiedad sobre un pedazo de tierra, por ejemplo, sabe que si no la trabaja en la mejor forma posible no obtendrá beneficios sino pérdidas. "Cuando es posible recibir íntegramente los frutos del trabajo, se trabaja más y mejor, más eficazmente, se cuidan más los instrumentos de trabajo y el capital se conserva de la mejor manera posible, además, se entiende más fácilmente la utilidad de ahorrar sobre ingresos de hoy para poder ganar más y vivir mejor".[12] "Los hombres tienen que sostener su vida con su propio esfuerzo, pero si carecen del derecho al fruto de ese esfuerzo se les priva también de los medios para sostener su vida"[13].

En el sistema de propiedad privada es posible decidir qué es lo que quiere producir de acuerdo con lo que es de más utilidad social. El interés personal conduce a las personas a dedicar sus recursos para crear algo que realmente es deseado por las demás personas y que es útil para ellos, en cambio si es el gobierno el que nos dice qué es lo que debemos producir a través de limitaciones en los derechos de exclusividad, esto tendrá como resultado el desaprovechamiento de un recurso escaso y resultará en una pérdida no sólo para el propietario sino para los demás. "El interés personal se identifica con el interés general".[14]

Como ya dijimos anteriormente, el hombre habita en un mundo marcado por la escasez. Esta escasez plantea dos problemas. El primero es el de cómo incentivar a las personas a hacer la más eficaz utilización de los recursos teniendo en cuenta sus aptitudes; este problema queda resuelto por medio de la exclusividad de los derechos de propiedad. En esto se puede ver que estamos en presencia del principio de la división del trabajo. Una persona, cuando existen derechos de propiedad, no va a producir aquello que no le va a traer ningún beneficio sino que va a producir aquello que sabe hacer con sus conocimientos y que sabe que le traerá un beneficio porque su producción va a ser de utilidad social.

El segundo problema es cómo conseguir que los recursos estén en manos de aquellos que pueden hacer el mejor uso de ellos. Como ya vimos, no todas las personas tienen las mismas aptitudes y conocimientos, por lo que necesitamos un mecanismo que asigne los recursos a aquellas personas que pueden hacer el mejor uso de ellos. Este mecanismo se encuentra en los derechos de propiedad y funciona de una manera espontánea a través del principio de la libre transferencia de los derechos, es decir, de los contratos.[15]

Si yo tengo una fábrica de zapatos que me ha sido heredada y no tengo ningún conocimiento de cómo funciona, es lógico que voy a ser un mal productor de zapatos por lo que sería mejor venderla a otra persona que tenga los conocimientos necesarios para que pueda ser explotada la producción de zapatos al máximo. En el momento de vender la fábrica debo de fijar un precio tomando en cuenta los ingresos que yo esperaría obtener en un futuro si siguiera en la fábrica. De acuerdo a esto debo de establecer un precio más alto, la persona que quiere comprarme la fábrica debe también saber que el precio al que me lo va a comprar es inferior a los ingresos que espera obtener al frente de mi fábrica, ya que sería ilógico que me comprara la fábrica a un precio mayor que el que esperaría obtener él con la producción de zapatos, así como también si yo se la vendiera a un precio más bajo de lo que yo considero que podría obtener si me quedara administrando la producción de mi fábrica. Teniendo en cuenta lo anterior, si llegamos a un acuerdo que fije un precio comprendido entre estos dos puntos extremos, las dos partes saldremos beneficiadas.

En el ejemplo anterior nos encontramos con el principio del intercambio que se lleva a cabo únicamente en una sociedad libre donde existen los derechos de propiedad y que da lugar al comercio y por consiguiente al proceso de libre mercado que funciona a través de la competencia. Podríamos decir entonces que la propiedad privada es el medio para la existencia de una sociedad libre, donde las decisiones de los bienes económicos no son decisiones tomadas por el gobierno sino por el sistema de libre mercado que es el resultado de las libres decisiones de los particulares para poder satisfacer sus intereses personales y por consiguiente se satisfacen los intereses de toda la sociedad. En un régimen comunal es imposible visualizar este punto ya que sin propiedad es imposible tener la libertad de tomar decisiones, ya que ¿sobre qué cosas va a tomar usted sus decisiones? ¿qué cosas va a intercambiar o comerciar si no tiene propiedad?

"El intercambio cuando es puramente voluntario, en una

12 Ibid. Página 115.
13 The Virtue of Selfishness (a new concept of egoism). Ayn Rand. Published by The New American Library. Chicago, USA, 1985: página 94.
14 Por qué la Propiedad Henn Lepage Página 118.
15 Ibid. Página 118.

sociedad de hombres libres, y bajo el único impulso de los intereses individuales, el intercambio permite que los recursos, a medida que cambian las necesidades y evolucionan las técnicas, sean constantemente reorientados a los campos de mayor utilidad social".[16]

Sin embargo ¿qué incentivo tendré yo para intercambiar mi fábrica de zapatos? ¿qué incentivos tiene la gente para intercambiar sus recursos? La respuesta a este cuestionamiento, también nos da la propiedad privada a través del principio de la competencia. Como sabemos el hombre es libre para decidir qué hacer con su propiedad, pero la existencia del principio de la competencia exige que las personas que decidan producir x cosa con su propiedad lo produzcan de la manera más eficaz y obtengan la realización máxima de sus intereses. Si uno no puede producir de la mejor manera posible ya sea por la falta de conocimientos o de alguna otra cosa, el mismo mecanismo de la competencia nos impondrá una sanción ocasionándonos pérdidas o inclusive a veces, sacándonos del sistema de producción de determinado bien o servicio. Esto es lo que incentiva a la gente a intercambiar aquello que no puede utilizar de la mejor manera posible por otro recurso o por capital que puede invertir en producir algo de la manera más eficiente posible.

En una sociedad de propiedad privada, la utilización de los recursos es reorientada a través de la libertad de decidir sobre la propiedad de una, del intercambio y de la competencia, a los campos de mejor aprovechamiento, utilización y explotación de los mismos, lo que resulta en la producción eficiente de bienes y servicios para satisfacer a los consumidores.

La pregunta entonces es ¿existe el progreso en el sistema de propiedad privada y derechos de propiedad? La respuesta es sí, siempre y cuando todos los mecanismos de la propiedad privada que se han explicado en este trabajo, estén debidamente protegidos y garantizados por los mecanismos jurídicos de la sociedad. Sin embargo, estos mecanismos creados por el hombre no deben de estar en pugna con los órdenes espontáneos inherentes a la propiedad sino que debe únicamente garantizar el libre funcionamiento de estos órdenes protegiendo los derechos de propiedad de las personas.

CONCLUSIONES

1. El sistema comunal es un sistema por medio del cual no se puede lograr el progreso de las personas ya que no existen incentivos dirigidos a alcanzar una maximización de los intereses particulares a través de la producción eficaz y del aprovechamiento de los recursos, por la inexistencia de la libertad de excluir, gozar y decidir económicamente sobre todo aquello que es de uno y que uno produce para obtener un beneficio personal.

2. El sistema comunal crea incentivos, al no existir ningún límite en las acciones de las personas, para el desperdicio y mal uso de los recursos escasos, lo que provoca un deterioro en el entorno y por consiguiente un costo muy alto que todos los miembros de la sociedad tendrán que cubrir (externalidades).

3. La propiedad privada es una institución que no ha sido inventada por nadie en un momento dado, sino es producto de un largo proceso a lo largo del cual los hombres, en su lucha contra la escasez, han ido descubriendo los métodos más eficaces para resolver el problema de la supervivencia.

4. El principio de la exclusividad crea incentivos para que las personas aprovechen los recursos escasos al máximo y aumenten la producción sabiendo que el fruto de su trabajo, la inversión del capital y su esfuerzo es de gozo y beneficio exclusivo para él.

5. La propiedad privada es el medio que da lugar a la división del trabajo (uno va a producir algo dependiendo de qué habilidades tiene) la división del trabajo provoca el intercambio, éste a su vez conduce al comercio que se da en el libre mercado. La consecuencia de todo este proceso es que los recursos estarán mejor orientados, mejor explotados, mejor dirigidos, por lo que la economía será más eficaz.

6. Una sociedad ofrecerá tantas más posibilidades de crecimiento y de progreso cuanto su sistema de derechos de propiedad defina de forma más clara y precisa los derechos de exclusividad de cualquier ciudadano y cuando más y mejor protegidos se encuentren dichos derechos y a la inversa

Estuardo Mata Palmieri
Estudiante de Derecho UFM

16 Ibid. Página 100

BIBLIOGRAFIA

Amurrio, Jesús. **Pensamiento Político**. Editorial IDEA, Guatemala, 1991. 197 págs.

Bendfeldt, Juan F. **La paradoja de Hardin**. Guatemala: Centro de Estudios Económicos Sociales.

Economía y Medio Ambiente. Guatemala: Centro de Estudios Económicos Sociales, 1991. 25 págs.

Madsen Pirie, et. al. **La Privatización: Una Oportunidad**. Guatemala: Centro de Estudios Económicos Sociales, 1992. 300 págs.

Código Civil de Guatemala. Jiménez y Ayala Editores. Guatemala, 1985. 190 págs.

García, Valeriano F. **El ABC (y la Z) de la Economía**. Ediciones el Cronista Comercial, 1988. Capítulo XIII. 3 págs.

Hardin, Garret. "La Tragedia de lo Comunal". **Revista Science**. Número 162, 13 de diciembre de 1968. 2 págs.

Diorama 2000. Editorial Pax-México, México, 1972. 373 págs.

Huerta de Soto, Jesús. "Derechos de Propiedad y Gestión Privada de los Recursos de la Naturaleza". **Revista de la Facultad de Derecho**. Año II, No. 3 (julio-septiembre). Págs. 26-36

Lepage, Henri. **Por qué la Propiedad**. Traducción al español de Antonio Sáenz de Mierra, Instituto de Estudios Económicos, España, 1985. 358 págs.

Pérez de Antón, Francisco. **Etica de la Libertad**. Centro de Estudios Económicos Sociales, Guatemala, 1979. 213 págs.

Rand, Ayn. **The virtue of selfishness (a new concept of egoism)**. Published by The New American Library, Chicago, USA, 1964. 140 págs.

"La plena servidumbre, propia de épocas feudales, obliga a prestar servicios inciertos e indeterminados. Existe cuando no se puede conocer hoy la clase de servicio que ha de prestarse mañana; cuando una persona está obligada a hacer cualquier cosa que se le ordene".

HENRY BRACTON

"Not for to hide it in ahedge
Not for a train attendant
But for the glorious privilege
of being independent".

ROBERT BURNS

PREVISION SOCIAL EN GUATEMALA

EL IGSS, UN CASO CONCRETO

La previsión social es uno de los mecanismos de que se vale el Estado paternalista para lograr la redistribución de la renta. A continuación detallaré la forma como opera el régimen de seguridad social en Guatemala, en cuanto mecanismo redistribuidor de riqueza, mediante el monopolio de la prestación de este servicio que la ley le otorga.

La previsión social encuentra su origen en la necesidad de protección del individuo y de la sociedad entera ante el hecho innegable de la pobreza de algunos de sus miembros. En la sociedad debe existir la prestación de asistencia pública hacia aquéllas personas más necesitadas. Así pues, se ha hecho necesaria la obligación que tienen los individuos de afiliarse a un régimen de seguridad social.

Cualquier persona consciente de que el hombre es un ser libre y responsable, podría pensar que la obligación de contribuir mes a mes a un servicio de salud podría no justificarse. De hecho, podría argumentar que se trata de una garantía a la cual puede optar el que quiera y como quiera. Sin embargo, existe un argumento que explica y justifica la anterior obligación, y éste se basa en que al eliminar dicha obligación, muchas personas quedarían sin cobertura en caso de enfermedad, y pasado un tiempo, sin protección alguna en la vejez. De darse esto, toda la sociedad saldría perjudicada, se traduciría en una carga para el Estado. Así como describe Hayek, este programa tiene por objeto forzar al individuo a proveer a sus propias necesidades; implica cierta coacción pero con el fin de proteger al individuo contra las consecuencias de la extrema pobreza de los demás.

En Guatemala, esta obligación se hace manifiesta en el artículo 100 de la Constitución Política de la República, la cual establece que la seguridad social "[...] se instituye como función pública, en forma nacional, unitaria y obligatoria [...]" y más adelante añade que "[...] la aplicación del régimen de seguridad social corresponde al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social [...]"[1] Esta ley se halla más amplia en el artículo 1 de la Ley Orgánica del IGSS.[2]

El servicio de seguridad social en Guatemala funciona a través del IGSS, mediante un sistema de afiliación obligatoria; ya que el Estado, empleadores y trabajadores cubiertos por el régimen tienen la obligación de contribuir a su financiación. Así pues, los trabajadores guatemaltecos que cotizan el IGSS y están cubiertos por todos los programas de salud aportan el diez por ciento de su sueldo, que se conforma por el aporte patronal del siete por ciento y el laboral del tres por ciento.

Ahora bien, la raíz del problema de la previsión social en Guatemala radica en que se ordena explícitamente a que entidad han de afiliarse los individuos para asegurarse servicios de salud El error está en que con una ley el Estado otorga el privilegio de la prestación de servicios de salud a una sola institución; no se limita a señalar la meta a alcanzar -que es la afiliación obligatoria a una institución que preste servicios de salud-, sino que impone los medios para llegar a ella, mediante la afiliación obligatoria al IGSS

En Guatemala, las personas se ven coaccionadas a obtener los servicios de previsión social a través de una organización centralizada que presta

1 Artículo 100, sección séptima, capítulo segundo, título segundo de la Constitución Política de la República de Guatemala

2 Artículo 1o. de la Ley Orgánica del IGSS. Departamento de Relaciones Publicas (Guatemala, Guatemala 1991), pág. 4

estos servicios de forma exclusiva. "Seguridad Socinl, en consecuencin, desde su inicio, no sólo significó seguridad obligatorin, sino afilinción obligntoria en una organización única controlada por el Estado."[3]

El objetivo que persigue el Estado al ejercer este tipo de concción sobre los individuos, es la redistribución de la riqueza. De esta forma, en Guatemala, como en muchos otros países, se ha instrumentalizado la previsión social, bajo el hipócrita pretexto de "ayudar a los más necesitados", según el criterio arbitrario de un funcionario público; aquí nos aparece el problema de la discrecionalidad.

La discrecionalidad tiene lugar necesariamente porque este servicio de seguridad social centralizado no se basa en la existencia de un contrnto que estipule qué beneficios se tienen o se dejan de tener dependiendo de la contribución que cnda uno haya hecho para este fin. Entonces, necesariamente tiene que existir un grupo de individuos que decidan lo que a cada cual corresponde según sus necesidades. De esta forma se reparten los recursos a "diestra y siniestra", independientemente de lo que cada quien haya contribuido. Es evidente que se está efectuando una trnnsferencia de riqueza bajo el pretexto de la seguridnd social. Sin lugar a dudas, esta es la primera y principal finalidnd de la seguridad social en Guatemala, y es por ello que existen leyes que otorgan el monopolio de la prestación de este servicio al IGSS. Esta es una situación que nunca se da en lns organizaciones de tipo privado, porque estas están obligadas a prestar exclusivamente los servicios que el individuo haya contrntado.

Este régimen de seguridad social instrumentalizndo, trae consigo consecuencias de la más diversa índole, pero la más grave, es la irresponsabilidad que propicia entre los individuos, ya que los incentiva a despreocupnrse de adoptnr ciertas previsiones ante futuras emergencias. Otra consecuencin, no menos importante, es ln gran cantidad de gastos innecesarios que provoca la existencia de un sistema de previsión socinl ineficiente. Se debe tomar en cuenta la gran cantidad de dinero que cuesta al país sostener este régimen. Dinero que se convierte en fondos de ahorro que el Gobierno utiliza para finalidades que muchns veces no tienen nada que ver con la Seguridad Social. Esto implica un gran costo para el pueblo, puesto que cada vez es menos el sueldo líquido que queda a los individuos, a lo cual se debe agregar el gasto en que incurren muchas personas al afiliarse a compnñías aseguradoras privadas debido al pésimo servicio que presta el IGSS. Esta deficiencin no puede superarse, porque el IGSS es una institución que tiene los ingresos asegurados cumpla o no con sus compromisos, por lo que no le interesa mejorar, ni mucho menos entrar en el campo de la competencia. Esta es otra consecuencia de que sea obligación afiliarse a esta institución en vez de permitir que las personas decidan a dónde quieren que vaya a parar su dinero. Esta deficiencia en la prestación de servicios lleva a las personas a tomar conductas antieconómicas. Por ejemplo, de las personas afiliadas al IGSS una buena cantidad no hace uso de los servicios del Instituto, y no es precisamente porque no se enfermen, sino porque han tomado la decisión de afiliarse a alguna compañía que preste servicios prepagados de salud. Esto implica una duplicidad en el gasto, porque estas personas pagan un servicio privado y además se ven obligadas a pagar su cuota al IGSS, cuyos servicios no utiliza. Esto indicn que estas personas no seguirían afiliadas al IGSS si a éste se le quitara su carácter de obligatoriedad.

Otra consecuencia digna de ser mencionada, es que esta ley que invade la libertad individual,

3 Fnednch A. Hayek, **Los Fundamentos de la Libertad**. Volumen II (Guatemala, Guatemala: 1991) pág. 354

induce a las personas a cometer actos punibles, no porque sean ilícitos en sí mismos, sino porque constituyen sistemas para evadir las trabas que la ley pone al progreso. Así por ejemplo, muchas empresas al ejecutar sus nóminas, las distorsionan; la personas llegan a acuerdos con sus empleadores para que en la contabilidad de la empresa registren su sueldo base con la cantidad más baja posible, a manera de contribuir poco en el IGSS. Esto se hace porque ya se paga un seguro privado, y por lo tanto se quiere que al IGSS le quede la menos cantidad de dinero. Otras empresas, ya no sólo distorsionan las nóminas de los trabajadores, sino que, por mutuo acuerdo y conveniencia, simplemente no los incluyen en éstas a manera de no tener que cubrir con esta carga económica tanto para el trabajador como para el empleador.

Para finalizar, cabe mencionar que este régimen de seguridad social de afiliación obligatoria al IGSS, crea una competencia desleal, porque necesariamente toda la demanda debe recibir los servicios de una sola institución, por lo que la iniciativa privada deja de percibir ingresos que en igualdad de circunstancias es seguro que percibiría. El Estado entra a dar un servicio con unas ventajas que no permiten que los demás entren al mercado de la misma manera que lo hizo éste.

De lo anteriormente expuesto se puede deducir que a la existencia de una institución pública que se atribuya la prestación monopolística del servicio de seguridad social, se debe el hecho de que el aporte al IGSS se perciba como si fuera un impuesto. Se le quita al individuo la capacidad de decidir a qué institución quiere que vaya su dinero. "Al trabajador se le veda este fundamental derecho desde el momento en que la legislación vigente le transmite al IGSS el monopolio legal de la administración de sus fondos".[4] Se ha abusado de el "poder que tiene el propietario de gozar libremente de sus bienes, en especial, de decidir soberanamente quién puede o no tener acceso a ellos y bajo qué condiciones "[5]

Ahora bien, la pregunta es: Se debe limitar al IGSS? Y la respuesta es no. Lo que se pretende no es su desaparición, sino que se le despoje de los privilegios de que goza para que funcione como una institución más. De esta manera el IGSS seguirá funcionando para aquellas personas que no estuvieran en la posibilidad de contratar los servicios de una institución privada De esto se concluye que el Estado debe actuar como facilitador pero nunca como ejecutor de las actividades que le competen a la iniciativa privada.

BIBLIOGRAFIA

González, José Raúl. **Previsión Social: Pública vrs. Privada**. Publicado en **La Privatización: una Oportunidad!** Guatemala, Guatemala: CEES-CIEN, 1992, 300 págs.

Hayek, Friedrich A. **Los Fundamentos de la Libertad**, volumen II. Guatemala, Guatemala: ediciones de la Universidad Francisco Marroquín, 1991, 300 págs.

Constitución Política de la República de Guatemala.

Ley Orgánica del IGSS

Gloria Rodríguez Natareno
Estudiante de Derecho UFM

4 José Raúl González, Previsión Social: Pública Vrs. Privada. Publicado en La Privatización: una Oportunidad! (Guatemala, Guatemala 1992), pág. 107.
5 Henri Lepage, Por qué la Propiedad. (Madrid, España: 1985), pág. 97.

"Orden no es una presión que desde fuera se ejerce sobre la sociedad, sino un equilibrio que se suscita en su interior" J. ORTEGA Y GASSET

AGRADECIMIENTO

Con un agradecimiento muy especial a quienes con su colaboración hicieron posible la publicación de esta revista:

Consejo Directivo de la Universidad Francisco Marroquín

R. VISTAS

Guatemala de la Asunción, octubre de 1994

Diagramación: Editorial Universidad Francisco Marroquín

Universidad Francisco Marroquín
Facultad de Derecho
Revista
Apartado postal 632-A
01010 Guatemala, ciudad.
Centro América.

UFM-BIBLIO
091960